

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

YASMINE NEMER HAJAR

**A ARBITRAGEM COMO REMÉDIO ANTITRUSTE PARA O CONTROLE DE
ESTRUTURAS**

CURITIBA
2018

YASMINE NEMER HAJAR

**A ARBITRAGEM COMO REMÉDIO ANTITRUSTE PARA O CONTROLE DE
ESTRUTURAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

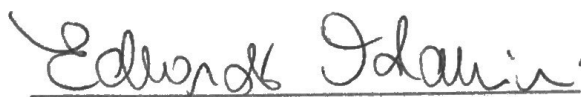
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

YASMINE NEMER HAJAR

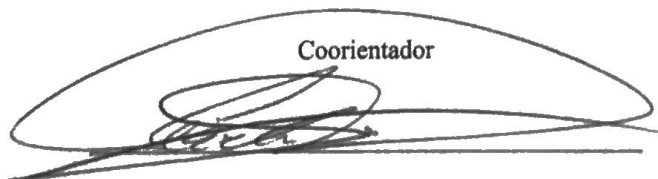
**A ARBITRAGEM COMO REMÉDIO ANTITRUSTE PARA O
CONTROLE DE ESTRUTURAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EDUARDO TALAMINI
Orientador

Coorientador



CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK - *Direito*
Civil e Processual Civil
Primeiro Membro



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **YASMINE NEMER**
HAJAR

Aos vinte e três dias do mês de novembro do ano de 2018, às 13:30 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) YASMINE NEMER HAJAR, sobre o tema, "A ARBITRAGEM COMO REMÉDIO ANTITRUSTE PARA O CONTROLE DE ESTRUTURAS". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, EDUARDO TALAMINI (Orientador), (Coorientador), CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK - Direito Civil e Processual Civil e ALEXANDRE DITZEL FARACO, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 , — e 10,0 ; perfazendo a média igual a 10,0 .

Obs.

Curitiba - PR, 23 de novembro de 2018.

EDUARDO TALAMINI

Orientador

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK - Direito
Civil e Processual Civil

1º Membro

Coorientador

ALEXANDRE DITZEL FARACO

2º Membro

AGRADECIMENTOS

“Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe.”

Clarice Lispector

As conquistas dos últimos cinco anos de graduação não teriam sido possíveis sem o apoio da minha família, dos meus amigos e professores. A gratidão por ter o privilégio de me formar em uma das melhores e mais tradicionais faculdades de Direito do Brasil é imensa. Todas as experiências que a Santos Andrade me proporcionou estarão para sempre guardadas comigo.

Nada seria possível sem o apoio incondicional dos meus pais. Eles que renunciaram tanto para que eu e meu irmão pudéssemos ter as melhores oportunidades, também merecem crédito pelo nosso sucesso. Um dia, espero poder retribuir tudo o que eles fizeram e fazem por mim. Dedico aos meus pais a conquista de chegar ao fim de mais uma etapa!

Sem meu irmão, o meu eterno parceiro e cúmplice, o caminho até o fim também teria sido mais difícil. A cada dia, aprendo algo novo com ele, a ser uma pessoa mais dedicada e aplicada nas minhas metas. A inspiração que ele passa é única. Sou grata por tê-lo como irmão e poder acompanhar o seu sucesso de perto.

Logo no início da graduação, tive a sorte de conhecer amigas que me acompanharam durante os cinco anos, compartilhando alegrias, cadernos e risadas. Agradeço à Roberta Requião pelas conversas sinceras e caronas; à Giovana Saliba pela companhia de todas as horas e à Marina Felix por sempre estar ao meu lado (literalmente) e me dar todo o apoio com sua amizade sincera.

Em 2016, meu conceito de amizade foi atualizado quando conheci e me tornei membro do grupo Fachiclã. Aos amigos Camila Rodrigues, João Fachinello, Fernanda Brito, Amanda Szlichta, Anne Dias, Bruno Neis e Kesller Almeida, agradeço pelo companheirismo e amizade.

A experiência de fazer parte da gestão “Amanhã Há de Ser Outro Dia” do tradicional Centro Acadêmico Hugo Simas, não poderia deixar de ser mencionada. Agradeço, especialmente, os amigos e colegas de gestão Maria Eugênia Kroetz, João Gabriel Leger, Luzardo Faria e Antonio Seixas que tornaram possível o projeto de sermos a melhor gestão da história do CAHS.

Agradeço também aos membros do Grupo de Estudo em Arbitragem e Direito Comercial, que foi essencial na minha formação por despertar meu interesse pela pesquisa e permitir a experiência única de participar nas competições de arbitragem nacionais e internacionais. Agradeço aos amigos Iara Gubert, Pedro Dybas, Laura Aquino e João Gabriel Gebran, pois sem eles as noites de revisão de memoriais e reuniões intermináveis não teriam sido as mesmas.

A experiência de poder aprender e complementar minha formação acadêmica com a experiência profissional e os estágios também foram essenciais. Agradeço, em especial, o escritório Braz Gama Monteiro, onde aprendi não apenas a prática da advocacia, mas ensinamentos únicos de excelência em competência e dedicação.

Agradeço aos meus professores e orientadores que se dedicaram a esclarecer minhas dúvidas, que acompanharam a minha jornada acadêmica e proporcionaram a chance de expandir os meus horizontes.

Além de todos que mencionei, agradeço aqueles que, de alguma forma, estiveram próximos de mim e contribuíram para o sucesso dessa etapa.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à ALLAH por me abençoar todos os dias com o seu amor infinito, com saúde e por permitir que essa etapa fosse concluída com sucesso.

Obrigada de coração!

Curitiba, 29 de outubro de 2018.

“O que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada.
Caminhando e semeando, no fim terás o que colher.”
Cora Coralina

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise do uso da arbitragem como remédio no âmbito do controle de estruturas do Direito da Concorrência. Buscou-se expor o que a legislação e a doutrina dizem sobre o instituto da arbitragem e sobre o Direito concorrencial, a fim de verificar quais as diretrizes e limites existentes, bem como identificar a compatibilidade dos institutos. Com a inserção de cláusulas compromissórias em Acordos em Controle de Concentração celebrados com Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), verificou-se uma aproximação entre a arbitragem e o Direito Concorrencial. Por meio do estudo das hipóteses de utilização das cláusulas arbitrais como forma de monitoramento de estruturas, bem como através da análise jurisprudencial do CADE, foi possível identificar essa tendência e analisar seus possíveis rumos.

Palavras-chave: arbitragem; direito concorrencial; antitruste; controle de estruturas; remédio.

ABSTRACT

The present study has the objective of analyzing the use of arbitration as a remedy in the scope of the Antitrust Law. It was sought to explain what the Brazilian legislation and the doctrine argues about arbitration and antitrust law, in order to verify the existing guidelines and limits, as well as the compatibility of both institutes. With the insertion of arbitration clauses in Merger Control Agreements between the Administrative Council for Economic Defense (CADE), it was verified that there has been an approximation between arbitration and the Competition Law. Through the study of the hypothesis of the use of arbitration clauses as a way of monitoring structures, as well as through the case analysis of CADE, it was possible to identify this trend and analyze its possible directions.

Keywords: arbitration; competition law; antitrust; control of structures; remedies.

TABELA DE CASOS

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

08700.000344/2014-47	Caso ICL/Bromisa
08700.005719/2014-65	Caso ALL/Rumo
08700.005937/2016-61	Caso Dow/Dupont
08700.004211/2016-10	Caso Tam/Iberia/British Airways
08700.004860/2016-11	Caso Cetip/Bovespa
08700.001390/2017-14	Caso AT&T/Warner

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC	Acordos em Controle de Concentração
art.	Artigo
AC	Ato de Concentração
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Lei da Concorrência	Lei 12.529/11
LArb	Lei 9.307/96
nº	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ProCADE	Procuradoria Geral do CADE
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SDE	Secretaria de Desenvolvimento Econômico
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SG	Superintendência Geral do CADE
STF	Supremo Tribunal Federal
TCC	Termos de Cessação de Condutas
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PANORAMA BRASILEIRO DA ARBITRAGEM	14
1.1 NOÇÕES GERAIS E VANTAGENS DO INSTITUTO	14
1.1.1 <i>Evolução da arbitragem e a Lei 9.307/1996</i>	15
1.1.2 <i>Natureza jurídica da arbitragem</i>	17
1.2 A ARBITRABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	18
1.2.1 <i>Arbitrabilidade objetiva e subjetiva</i>	19
1.2.2 <i>Arbitrabilidade do direito da concorrência</i>	21
2. O DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	25
2.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	25
2.1.1 <i>Evolução histórica da concorrência no Brasil</i>	26
2.1.2 <i>O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica</i>	31
2.2 OBJETIVOS DO DIREITO CONCORRENCIAL	33
2.2.1 <i>Combate às condutas anticoncorrenciais</i>	34
2.2.2 <i>Controle de estruturas anticoncorrenciais</i>	36
2.3 A IMPLEMENTAÇÃO DE REMÉDIOS PARA O CONTROLE DE ESTRUTURAS	40
2.3.1 <i>Remédios Estruturais</i>	42
2.3.2 <i>Remédios Comportamentais</i>	44
3. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO REMÉDIO ANTITRUSTE	47
3.1 AS HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS ARBITRAIS COMO FORMA DE MONITORAMENTO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS	48
3.1.1 <i>Arbitragem Para a Efetivação do Compromisso de Acesso</i>	48
3.1.2 <i>Arbitragem Para a Efetivação Compromisso de Acesso e Meio de Resolução de Disputas Envolvendo Autoridades Reguladoras</i>	50
3.1.3 <i>Arbitragem Supervisionada Por um Trustee</i>	51
3.1.4 <i>Arbitragem em Relações Contratuais</i>	52
3.2 A INSERÇÃO DE CLÁUSULAS ARBITRAIS: ANÁLISE CASUÍSTICA NO ÂMBITO DO CADE.	53
3.2.1 <i>Caso ICL/Bromisa</i>	54
3.2.2 <i>Caso ALL/Rumo</i>	56
3.2.3 <i>Caso Dow/Dupont</i>	59
3.2.4 <i>Caso Tam/Iberia/British Airways</i>	61
3.2.5 <i>Caso Cetip/Bovespa</i>	62
3.2.6 <i>Caso AT&T/Warner</i>	64
3.3 A POSIÇÃO ASSUMIDA PELO CADE	65
CONCLUSÃO	67
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUÇÃO

A discussão acerca dos meios de resolução de controvérsias é contemporânea ao desenvolvimento das relações comerciais. Com a eliminação das fronteiras negociais pela globalização, a facilidade e velocidade com que as informações percorrem o mundo, torna-se imprescindível a busca pela eficiência na resolução de conflitos.

Nesse contexto que surge, a arbitragem aparece, cada vez mais, como método para a não instauração de processos no moroso sistema judiciário. A Lei nº 9.307/1996 (LArb) é a que regulamenta a arbitragem, normatizando as relações jurídicas possíveis de serem submetidas a essa forma de resolução de conflitos heterocompositiva.

Não são todos os conflitos que podem ser dirimidos pela arbitragem, sendo que a LArb delimita esse rol em seu artigo 1º estabelecendo que as partes “poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Esse é, portanto, método de solução de disputas oriundo de uma criação da autonomia de vontade privada.

Embora seja instituto já bastante desenvolvido e avançado, o que tem levantado debates são as interações da arbitragem com ramos do direito que, à primeira vista, não parecem ser compatíveis com a disponibilidade exigida pela LArb. Na presente monografia será discutida a utilização do instituto arbitral pelo direito da concorrência como remédio empregado para o controle de estruturas.

Em um primeiro momento, o direito da concorrência e a arbitragem aparentam ser assuntos contraditórios e incompatíveis, dada a natureza eminentemente pública do direito da concorrência, enquanto a arbitragem trata-se de método privado para a resolução de controvérsias.

Ocorre, no entanto, que recentes decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) demonstram a crescente interação entre o antitruste e a arbitragem, por meio da inclusão de cláusulas compromissórias como remédios no âmbito dos Acordos em Controle de Concentração (ACC) celebrados¹.

¹ O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos seis oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso ICL/Bromisa (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso ALL/Rumo (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Dow/Dupont (Processo nº 08700.005937/2016-61) 4) Caso Tam/Iberia/British Airways

Ainda que a prática de proliferação da utilização de outros métodos de resolução para dirimir controvérsias concorrenciais tenha sido observada apenas recentemente no âmbito nacional, internacionalmente já é bastante debatida.

Merece destaque a advertência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no sentido de que a arbitragem em questões concorrenciais não pode, em qualquer circunstância, interferir na legítima competência que as autoridades concorrenciais detêm para realizar o *enforcement* público da legislação concorrencial².

A presente monografia busca estudar o instituto da arbitragem com enfoque em sua utilização como remédio concorrencial, analisando a viabilidade de sua imposição com base na norma legal e nos requisitos tanto da própria arbitragem, quanto as determinações exigidas pela Lei nº 12.529/2011 (Lei da Concorrência).

Para atingir o objetivo desse trabalho, a pesquisa foi dividida em três capítulos que, de forma crescente, esclarecem pontos importantes e contribuem para a compreensão da conclusão final.

No primeiro capítulo será abordado o panorama geral do instituto da arbitragem, dando destaque a evolução da lei que a regulamenta, a natureza jurídica do instituto, bem como os princípios informativos do procedimento arbitral. Será dado especial enfoque ao conceito de arbitrabilidade e no que tange a arbitrabilidade do próprio direito da concorrência.

O segundo capítulo tratará do direito concorrencial brasileiro, detalhando a composição de sua estrutura, destacando os objetivos da política de concorrência e quais as formas do controle tanto de condutas, quanto de estruturas. Uma vez que o foco do trabalho está no estudo da arbitragem como

(Processo nº 08700.004211/2016-10); 5) Caso Cetip/Bovespa (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 6) Caso AT&T/Warner (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 6 casos serão abordados ao longo da presente monografia. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>.

² Nesse sentido, o documento elaborado, em 2011, pelo Arbitration Committee da OCDE dispõe que: "Arbitration is only possible if the competition law allows for it and an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law. The arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law. In practice this means ex post allocation of damages to one party as a result of another party violating competition law. There is a very limited role in the ex ante application of competition law, for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities." (Cf. OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018, p. 15-16).

remédio de estrutura, serão analisados os dois tipos de remédios que podem ser empregados pelo CADE: comportamentais e estruturais.

O derradeiro capítulo tratará das hipóteses de utilização de cláusulas arbitrais como forma de monitoramento do controle de estruturas identificadas pela OCDE no estudo “Arbitragem e Concorrência”³. Serão quatro as categorias estudadas que tratam da arbitragem para a garantia de (i) compromissos de acesso e (ii) efetivação compromisso de acesso e meio de resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras, bem como arbitragens (iii) supervisionadas por um administrador e (iv) em relações contratuais. Serão analisados os seis Atos de Concentração julgados pelo CADE nos quais foi utilizada a arbitragem como remédio.

De forma alguma pretende-se aqui oferecer respostas definitivas quanto a utilização da arbitragem como remédio para o controle de estruturas, mesmo porque esse ainda é tema recente no âmbito do CADE e nas academias brasileiras, sendo sua discussão renovada constantemente. Quer-se, todavia, apenas oferecer uma contribuição ao estudo do Direito da Concorrência no país, para que possa aprimorar o emprego da arbitragem como remédio antitruste.

³ OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 nov. 2018, p. 15-16.

1. O PANORAMA BRASILEIRO DA ARBITRAGEM

O primeiro capítulo do trabalho apresentará o instituto da arbitragem no Brasil e identificará conceitos importantes para a compreensão de sua sistemática. Demonstrando a evolução da arbitragem e o aprimoramento da Lei 9.307/1996, pretende-se verificar como esse instituto tem sido cada vez mais utilizado na resolução de conflitos.

A fim de estabelecer quais as demandas que poderão ser dirimidas por meio da arbitragem, serão analisados os conceitos objetivo e subjetivo da arbitrabilidade com base no que determina o artigo 1º da Lei 9.307/1996.

Por fim, o capítulo analisará a arbitrabilidade das demandas concorrenciais demonstrando a possibilidade de que, desde que respeitados determinados limites, conflitos que envolvem o direito concorrential podem ser dirimidos por essa via.

1.1 NOÇÕES GERAIS E VANTAGENS DO INSTITUTO

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos que visa a pacificação social, sendo instrumento paraestatal do qual o Judiciário não participa diretamente. Esse meio de resolução de controvérsias visa a celeridade e maior autonomia das partes na resolução de litígios, garantindo também maior especialidade e técnica da decisão proferida.

A possibilidade de definição dos julgadores na arbitragem é um importante atrativo para que as partes optem por esse método de resolução. Dessa forma, entrega-se o conflito a quem possui conhecimento específico da matéria, principalmente em casos não usuais e que fogem à rotina dos tribunais estatais.

Serão analisados aspectos da arbitragem, considerada meio heterocompositivo de resolução de conflitos, ou seja, meio no qual cabe a um terceiro, estranho ao conflito, dar a solução⁴. O breve histórico a ser feito permite compreender a importância desse meio alternativo no avanço da técnica de resolução de controvérsias.

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

Deve-se fazer ressalva importante quando ao emprego da expressão “meio alternativo” para se referir a arbitragem. Não há qualquer intenção de diminuir a arbitragem em relação ao Poder Judiciário, como se trata de um método menos importante⁵. Considerando as particularidades de cada uma das disputas, a arbitragem e os demais métodos de resolução de conflitos são meios adequados para a resolução de determinados casos.

1.1.1 Evolução da arbitragem e a Lei 9.307/1996

De acordo com alguns estudiosos, a arbitragem surgiu antes mesmo da jurisdição estatal⁶. No Brasil, foi apenas no ano de 1996 após a promulgação da Lei 9.307/1996 que houve impulso para o desenvolvimento e fortalecimento da arbitragem como meio válido para resolução de conflitos.

A LArb possui nove capítulos e 46 artigos que normatizam e regulamentam as relações jurídicas possíveis de serem submetidas à arbitragem. Estão determinados por esse diploma regras específicas, tratando também de requisitos de forma, conteúdo e os efeitos produzidos pela sentença arbitral.

A referida lei foi editada seguindo os moldes da Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)⁷, favorecendo o crescimento da arbitragem como um meio adequado e proveitoso para solucionar conflitos, tanto no âmbito doméstico quanto no internacional.

Devem ser destacadas duas principais inovações que foram trazidas pelo legislador na edição da LArb⁸. A primeira trata-se da outorga de independência ao árbitro em relação ao Poder Judiciário. Conforme o artigo 18

⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/100**. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 34-35.

⁶ Sobre o tema: ARGOLLO, Oscar. **Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até a atualidade**. In: PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008; DELGADO, José Augusto. **Arbitragem no Brasil – Evolução histórica e conceitual**. In: MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; e DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, p. 11.

⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos Termos da Lei no 9.307/96**. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 3.

da LArb, a sentença proferida pelo árbitro “não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Em segundo lugar, o legislador conferiu caráter vinculante e obrigatório à cláusula compromissória. Assim, evita-se que as partes desrespeitem o pacto contratual estabelecido a fim de que os litígios originados de determinada transação sejam resolvidos pela via arbitral⁹.

Com relação à constitucionalidade da arbitragem, já houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) de forma incidental no processo de homologação de uma sentença arbitral estrangeira proferida na Espanha de n. SE 5.206/ES no ano de 2011.

A decisão proferida pelo STF destacou o fato de que a cláusula compromissória deve ser vista no plano da validade do negócio jurídico. Havendo capacidade das partes, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei, a cláusula será válida.

Ainda, considerou-se a aplicabilidade do princípio da disponibilidade e que somente podem ser objeto da arbitragem os direitos disponíveis. Na hipótese de violação à lei e ocorrência de lesão ou ameaça a direito, então poderá o Judiciário intervir e invalidar a sentença arbitral.

O reconhecimento da constitucionalidade da arbitragem esclareceu que a convenção de arbitragem não significa a renúncia à jurisdição, mas abdicação apenas a jurisdição estatal. As partes, plenamente capazes, fazem uma escolha por levar o litígio à arbitragem, sendo a lesão ou ameaça a direito devidamente apreciados nos moldes por elas escolhidos e nos termos da lei.

Tem-se, portanto, a LArb como importante marco na história da arbitragem brasileira, prestigiando a autonomia de escolha das partes em busca de uma solução privada para conflitos. As linhas traçadas pela legislação consolidaram o instituto como meio alternativo, eficaz e totalmente independente da jurisdição estatal.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, p. 11.

1.1.2 Natureza jurídica da arbitragem

A análise da natureza jurídica da arbitragem é de grande importância para que se compreenda aplicação diretamente dentro do âmbito do direito concorrencial. São três as vertentes doutrinárias existentes acerca da natureza jurídica da arbitragem, dentre elas estão a privatista ou contratual, publicista ou jurisdicional e a mista.

A teoria privatista, ou contratual, considera a arbitragem tão somente um negócio jurídico, uma vez que ao árbitro seria conferida a função de solucionar o conflito, no entanto, sem o poder de executar ou impor a sentença às partes, função monopolizada pelo Estado¹⁰. Ou seja, conforme ilustra FRANCISCO CAHALI, a decisão do árbitro seria, em essência, a extensão do acordo celebrado entre as partes¹¹.

A arbitragem, assim, possuiria um caráter privatista tanto no que tange a sua origem, uma vez que decorre de um acordo entre as partes, quanto no que diz respeito à qualidade dos árbitros – visto que não possuem o poder de executar suas decisões.

Por outro lado, a teoria publicista defende que a arbitragem é verdadeira atividade jurisdicional, e, prova disso, é a lei ter outorgado poderes, ao árbitro, para dirimir os conflitos de interesse das partes¹². Nessa linha, os árbitros são considerados verdadeiros juízes¹³, de fato e de direito, de modo que a arbitragem caracteriza uma jurisdição de caráter privado¹⁴.

FRANCISCO CAHALI¹⁵ e CARLOS ALBERTO CARMONA¹⁶, dois grandes juristas adeptos da teoria publicista aduzem que as modificações trazidas pela LArb equipararam a atividade do árbitro à atividade estatal no exercício de função jurisdicional, tendo a sentença arbitral eficácia e força de título executivo judicial.

A teoria mista, por sua vez, encontra amparo dentro do ideal de que a arbitragem possui característica contratual em um momento inicial, ou seja, no

¹⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, p. 124.

¹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, pp. 124-125.

¹² BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96**, p. 5.

¹³ **Lei nº 9.307/1996**, “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

¹⁴ JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008, p. 30.

¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. p. 129.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, pp. 26-27.

exercício da autonomia da vontade privada das partes para a escolha e o pacto convencional desta, tendo, mais adiante, com a sentença arbitral, conteúdo jurisdicional, caracterizando sua vertente publicista em um segundo momento¹⁷.

JOSÉ CRETELLA NETO¹⁸ defende que a arbitragem tem natureza jurídica mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo de Direito.

Ante o exposto, verifica-se para o propósito do presente estudo, que o papel do árbitro é revestido de tutela jurisdicional, e que a sua decisão será executável e vinculante as partes. Nesse sentido, é importante traçar um paralelo acerca de quais são as questões materiais arbitráveis, diante das previsões internas do nosso sistema jurídico, e o que se pode entender por arbitrabilidade.

1.2A ARBITRABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

Não são todas as disputas que podem ser dirimidas pela via arbitral. A LArb dispõe acerca da arbitragem, delimitando as controvérsias que podem ser dirimidas através desse meio de resolução de conflitos. O artigo 1º da referida Lei estabelece que as partes “poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Considera-se a existência de um filtro dos litígios que poderão ser encaminhados ao juízo arbitral. Inicialmente, serão apresentados os filtros objetivo e subjetivo que, respectivamente, referem-se ao objeto do conflito e aos sujeitos. Em seguida, o tema tratado será especificamente quanto a arbitrabilidade das questões concorrenciais.

¹⁷ JUNIOR, Antonio Pereira Gaio Júnior. **Teoria da Arbitragem**. 1ª Edição. São Paulo: Ed. Rideel, 2012, p. 19.

¹⁸ NETO, José Cretella. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 15.

1.2.1 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva

O 1º artigo da LArb disciplina o que a doutrina denomina de arbitrabilidade¹⁹, que impõe limites à autonomia privada com o fim de resguardar o interesse público que, eventualmente, pode estar envolvido em uma demanda arbitral. Devem ser analisadas duas dimensões da arbitrabilidade: subjetiva e objetiva.

A arbitrabilidade subjetiva delimita quem pode ser submetido à arbitragem, enquanto a arbitrabilidade objetiva estabelece os limites da matéria dos conflitos que podem ser levados para serem dirimidos perante o juízo arbitral. Ressalte-se que a validade da convenção arbitral está diretamente relacionada com o respeito aos limites impostos pela arbitrabilidade do artigo 1º da LArb²⁰. Como escreveram REDFERN e HUNTER:

"é precisamente porque a arbitragem é um processo privado com consequências públicas que alguns tipos de litígios são reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público. É neste sentido que eles não são 'capazes de resolução por arbitragem'. As leis nacionais estabelecem o domínio da arbitragem, por oposição ao dos tribunais locais. Cada Estado decide que matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem de acordo com as suas concepções políticas sociais e econômicas".²¹ (*tradução livre*)

No que se refere à arbitrabilidade na dimensão subjetiva, a lei brasileira dispõe que pessoas capazes de contratar poderão celebrar uma convenção arbitral. Assim, tratando-se de negócio jurídico, o que se entende é que as exigências se referem à capacidade de fato ou de exercício. Em outras palavras,

¹⁹"Arbitrabilidade é uma condição pela qual um determinado caso se enquadra ou não aos fatos de uma certa disputa para determinar se a controvérsia é ou não sujeito à resolução pela via arbitral. (...) Arbitrabilidade, nesta perspectiva, é uma condição distinta e mais ampla do que a questão de validade do pacto arbitral." (Cf. FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão da arbitrabilidade**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 13, p. 24-30, 1º jan. 2007. Trimestral. p. 24)

²⁰ Nesse sentido, ANDRE VASCONCELOS ROQUE ensina que: "Assim, se uma convenção de arbitragem é celebrada fora dos limites da arbitrabilidade, o resultado será um negócio jurídico inválido, seja porque dele participou pelo menos um agente que não tinha capacidade para este fim (falta de arbitrabilidade subjetiva), seja porque o seu objeto não era admitido pela lei (ausência de arbitrabilidade objetiva)." (Cf. ROQUE, Andre Vasconcelos. **A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas**. In: Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 22, 2012, pp. 301-338.

²¹ HUNTER, Martin, et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 2009, 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 123-124.

à possibilidade de que a pessoa realize, sem o auxílio de terceiros, os atos da vida civil.

Não basta, portanto, a mera capacidade de direito ou de gozo, uma vez que a incapacidade de exercício não poderia ser suprida nem mesmo pelo representante ou assistente do incapaz nas situações nas quais não houver a efetiva disponibilidade do direito.

De outro lado, a dimensão objetiva que delimita a matéria que poderá ser discutida na arbitragem é a que mais gera discussões. O art. 1º da LArb estabelece como limite de abrangência da arbitragem os direitos patrimoniais e disponíveis. Em que pese não se observe maiores controvérsias em relação ao conceito de direitos patrimoniais, sendo esses aqueles que podem ser quantificados em pecúnia²², a discussão está mais centrada no que se define como a disponibilidade dos direitos.

Os direitos disponíveis por vezes são tratados como sinônimos de direitos patrimoniais²³, ou considerados aqueles que podem ser objeto de transação²⁴, ou tidos como direitos que podem ser livremente alienados ou negociados²⁵, ou aqueles direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos por seu titular²⁶, ou, por fim, associados a direitos que não há qualquer proibição a que se espontaneamente reconheça não ter razão sem o recurso da jurisdição²⁷.

É possível identificar na doutrina o estudo da noção de disponibilidade do direito a partir do contorno da própria indisponibilidade e retorno a

²²PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol1.

²³LEE, João Bosco. **O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 8, 2000, pp. 346-358.

²⁴SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 26-29.

²⁵MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 3-4.

²⁶CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. **Direitos patrimoniais disponíveis: conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes** In: Bertasi, Maria Odete Duque; _____ (coords.). **Arbitragem e desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 40 e ss.

²⁷TALAMINI, Eduardo. **Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 5, p. 135-154, 1º abril 2005. Trimestral, p. 145-146.

disponibilidade. Tratando desse tema, EDUARDO TALAMINI²⁸ enuncia que a indisponibilidade tem duplo significado na esfera do direito material.

O primeiro é identificado como a “impossibilidade de pura e simplesmente se renunciar a um determinado direito”, como os poderes de polícia e de legislar do Estado, e o segundo atrelado à “proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio”, o que incumbiria exclusivamente a jurisdição. Concluindo o ilustre processualista que apenas na segunda acepção de “indisponibilidade” não seria admissível o emprego da arbitragem.

1.2.2 Arbitrabilidade do direito da concorrência

De início, há que se ressaltar que em nenhuma circunstância é possível admitir que a arbitragem assuma competências privativas do CADE ou que, de alguma forma, interfira no exercício das competências da autarquia. Na hipótese de haver algum tipo dessa interferência, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade além de ilegal privatização do poder econômico.

Tampouco se pode cogitar utilizar a arbitragem como forma de blindagem ou proteção das partes diante da autoridade antitruste. As esferas de responsabilidade civil e administrativa devem ser claras, para que não haja qualquer tipo de interferência prejudicial ao regular exercício do direito.

No cenário internacional, deve ser destacado o estudo realizado por FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, que conduziram abrangente levantamento de casos envolvendo matéria concorrencial, concluindo que um grande número de sentenças arbitrais tem reconhecido a arbitrabilidade de controvérsias envolvendo questões de Direito Concorrencial²⁹.

No mesmo sentido, ANTONIS ROUSSOS³⁰ aponta para uma tendência global de arbitrabilidade do Direito Concorrencial. Essa, segundo o autor, teria

²⁸TALAMINI, Eduardo. **Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa.** p. 145-146.

²⁹ FOUCHARD, Philipp; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration.** 2a Ed.. Haia, Kluwer Law International, 1999., p. 341.

³⁰ ROUSSOS, Antonis. **Private Antitrust Enforcement in Arbitration Proceedings: Theory and Practice.** Working Papers, ACLE: setembro, 2012. Disponível em:

sido impulsionada por dois fatores: primeiro, a exponencial popularização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, com a consequente mudança da atitude de Estados com relação ao instituto e, segundo, a revisão do papel da exceção de ordem pública na questão da arbitrabilidade.

Há tempos nos EUA e na Europa a questão da possibilidade de se utilizar a arbitragem como meio de solução de controvérsias concorrenciais é debatida. Mister ressaltar o famoso caso *Mitsubishi vs. Soler Chrysler Plymouth*³¹, julgado em 1985, no qual a Suprema Corte norte-americana resolveu rever seu entendimento contrário à arbitragem em questões concorrenciais, para o fim de admitir tal possibilidade, adotando como um de seus fundamentos a possibilidade do controle judicial.

A partir desse julgado surgiu grande discussão sobre a *second look doctrine* em questões concorrenciais. A extensão desse controle também passou a ser objeto de discussão, inclusive, para que se soubesse os parâmetros do controle judicial de laudos arbitrais.

Debateram-se sobre essas questões as teorias maximalistas e minimalistas. Conforme LUCA BRAZOLO, a posição maximalista enfatiza a necessidade de aplicar o Direito Concorrencial e o autor defende:

“uma revisão irrestrita, pelos tribunais, das conclusões de fato e de direito da sentença a fim de verificar sua perfeita observância ao direito da concorrência mesmo à vista de meras alegações de sua violação”³²

Por outro lado, a posição minimalista entende que quando estivermos diante de sentenças nas quais tenham surgido questões de direito da concorrência, o tribunal que está revisando deveria se restringir a verificar se os árbitros enfrentaram estas e confirmar se as mesmas foram decididas de maneira competente.

Na União Europeia, a arbitrabilidade de questões concorrenciais também foi alvo de debates no Tribunal de Justiça da União Europeia. No caso *Eco Swiss*³³, a situação dizia respeito à suspensão de execução de decisão

<http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/cr-meetings/2005/working-papers-2005/roussos.pdf?1345929947963> . Acesso em 03 nov. 2018.

³¹ *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

³² BRAZOLO, Luca G. Radicati. **Arbitragem e direito da concorrência**. In: Revista de arbitragem e mediação. v. 7, n. 27, pp. 162-194, out./dez. 2010. p. 167.

³³ *Eco Swiss China Time Ltd. e Benetton International NV* (C-126/97).

arbitral que condenou a empresa Benetton ao pagamento de indenização por perdas e dano decorrentes de rescisão de contrato de licença.

No referido caso, foi discutida a necessidade de os árbitros aplicarem *ex officio* o Direito da Concorrência. Ainda que a questão não tenha sido respondida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o que se entendeu é que haveria a necessidade de aplicação da matéria pelos árbitros.

Nesse sentido, PHILLIP LANDOLT escreveu sobre o tema defendendo que:

“If the Community courts had really wished EC competition Law to be treated as unarbitrable, they would doubtless have found occasion to say so. Since at least 1982 with the Nordsee preliminary reference, the ECJ has been content to let pass unmentioned any objection it might have had to the arbitration of competition law questions”³⁴

De um modo geral, os procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *enforcement* privado do Direito Concorrencial. Essa prática é normalmente incentivada pelas autoridades de defesa de concorrência.

Como demonstrativo de tal prática, pode-se citar a edição da Diretiva 2014/104 da União Europeia sobre danos em demandas indenizatórias envolvendo Direito Concorrencial, a qual faz expressa referência a “vias reparatórias alternativas, como a resolução consensual de disputas”³⁵.

Umas das grandes preocupações que surgem da interação da arbitragem e do direito concorrencial é justamente o limite da discussão desses temas pelo árbitro, tendo em vista a competência do CADE estabelecida pela Lei de Concorrência.

Superada a discussão da possibilidade de tratar questões concorrências no âmbito de procedimentos arbitrais, bem como a própria arbitrabilidade das referidas questões, a problemática que surge e que será abordada nos capítulos é com relação a utilização da arbitragem como remédio no direito concorrencial.

³⁴ LANDOLT, Phillip apud MOURRE, Alexis. **Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspective**. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 46.

³⁵ Tradução livre. No original: “alternative avenues of redress, such as consensual dispute resolution” (Directive 2014/ 104/ EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>. Acesso em 03 nov, 2018).

Porém, antes de adentrar a referida questão, é necessário compreender como se estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, além dos remédios que podem ser impostos pela autoridade antitruste.

2. O DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

O primeiro capítulo deste trabalho apresentou um panorama geral da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflito, bem como analisou requisitos estabelecidos pela legislação para que as demandas sejam arbitráveis.

Superada estas explicações iniciais, o segundo capítulo tratará da organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência estabelecida (SBDC) pela Lei nº 12.529/11. Também serão apresentados os objetivos do Direito da Concorrência e, especificamente, os remédios que podem ser implementados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para a efetivação do controle de estruturas.

Assim, estará assentado o caminho para o terceiro e último capítulo deste trabalho, o qual tratará exatamente da utilização de arbitragem como remédio para o controle de estruturas.

2.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Conforme a Lei 12.529/11, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto por dois órgãos³⁶: (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que é uma autarquia especial com relação ao Ministério da Justiça e (ii) a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) ligada ao Ministério da Fazenda³⁷.

O papel principal no âmbito do direito concorrencial é exercido pelo CADE, que possui jurisdição em todo o território nacional³⁸, enquanto a SEAE possui competência limitada praticamente à advocacia da concorrência.

³⁶ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 3º. O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”

³⁷ Apesar de a letra da lei indicar que o SBDC é composto pela SEAE, deve-se fazer a ressalva quanto a extinção dessa secretaria para a criação de duas novas: Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, de acordo com o Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018.

³⁸ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 4º. O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

Em um primeiro momento será apresentada a evolução histórica do direito concorrência brasileiro. Em seguida, será destacado o papel fundamental exercido pelo CADE para a efetivação dos princípios da concorrência.

2.1.1 Evolução histórica da concorrência no Brasil

As normas de direito antitruste brasileiro analisadas a seguir tomarão como ponto de partida a Constituição promulgada em 1934 que inaugurou a liberdade econômica como princípio em seu artigo 115³⁹. Após, será feito um breve resgate da forma como o direito concorrencial passou a ser tratado por lei específica e pelo próprio texto constitucional.

Muito embora a Constituição de 1934 tenha inaugurado um novo momento para a relação entre o Estado e a economia brasileira, há que se ressaltar que o intervencionismo do Estado já podia ser verificado antes. De acordo com o professor de história da Universidade da Califórnia, STEVEN TOPIK, entre 1889 e 1930 o Estado brasileiro era um dos mais intervencionistas da América Latina⁴⁰.

Com o intuito de contornar a crise de 1929 e evitar novas, PAULA A. FORGIONI aponta para um aumento quantitativo do intervencionismo do Estado na economia na década de 1930⁴¹. No mesmo sentido, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR aponta que a Constituição de 1934 inicia um esboço de uma concepção de equilíbrio econômico entre os agentes concorrentes, prevendo uma atuação regulatória do Estado no sentido de reprimir as formas desleais de concorrência⁴².

A partir do que estabelece a Constituição de 1934, portanto, ainda que não existissem à época normas reguladoras do processo competitivo sob a ótica

³⁹ **Constituição 1934**, “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

⁴⁰ TOPIK, Steven. **A presença do Estado na e economia política do Brasil de 1889 a 1930**. Rio de Janeiro: Record, 1987, p. 11.

⁴¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100

⁴² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Lei de Defesa da Concorrência: origem histórica e base constitucional**. In: Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. Salvador, n. 2. p. 66.

antitruste⁴³, percebe-se que a concorrência entre os agentes econômicos não podia mais ser vista como um âmbito de atuação ilimitada.

Neste mesmo contexto em que o Estado interventor pretendia suprir a atividade econômica privada, de forma a promover o sustento do próprio sistema, surge a Constituição de 1937. Com sua promulgação, a liberdade de iniciativa passou a ser tomada nos seguintes termos:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

O referido dispositivo demonstra que, embora defendesse iniciativa privada, o Estado passava a intervir *sobre* a economia, por meio de mecanismos de controle, e *na* economia através da gestão direta. Dessa forma, firmava-se, cada vez mais, a figura do Estado como regulador, alinhado a uma política de nacionalismo econômico⁴⁴.

O artigo 141⁴⁵ da Constituição de 1937 colocava a proteção à economia popular como princípio. A fim de regulamentar esse dispositivo, surge o Decreto-Lei 869 de 18 de novembro de 1938 que pode ser considerado o primeiro diploma do antitruste brasileiro. Para PAULA A. FORGIONI, esse diploma apresentava funções constitucionais bem definidas, buscando uma tutela da economia popular e, assim, sobretudo, do consumidor⁴⁶.

⁴³ Na época, existia apenas o Código da Propriedade Industrial que regulamentava a concorrência sob uma ótica individual.

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)**. In: Revista de Direito Público da Economia RDPE, ano 2, n. 6, jun. 2004, pp. 84-85.

⁴⁵ **Constituição de 1937**, “Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e proscrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

⁴⁶ Deve se notar que, ao contrário do que ocorre com a tutela da concorrência nos EUA, no Brasil a normatização antitruste se voltou precipuamente para a tutela da economia popular e do consumidor. Nos Estados que contam com uma certa tradição antitruste, como é o caso dos EUA (e dentre os quais não se inclui o Brasil), a disciplina antitruste nasceu como um vínculo lógico entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência, de modo que toda a tutela estatal

Embora represente um marco para o tratamento do direito da concorrência no país, o Decreto-Lei 869 teve pouca aplicação prática. Isso se deu, muito provavelmente, pelo fato de que o Estado se colocava como um mero reparador dos desvios operados pelo sistema, sem maiores possibilidades de condução das condutas dos agentes nele atuante⁴⁷.

Em seguida, na tentativa de aperfeiçoar e sistematizar a disciplina jurídica da concorrência no Brasil, derivado do Projeto de Agamêmnon Magalhães, surge, em 1945, o Decreto-Lei 7.666, conhecido como “Lei Malaia”. Há que se ressaltar o grande avanço representado por esse diploma. No entanto, esse possuía caráter essencialmente administrativo, uma vez que não tipificava crimes contra a economia popular, mas buscava somente reprimir atos contrários aos interesses da economia nacional.

O Decreto-Lei 7.666/45 criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica integrante do Poder Executivo, que tinha a função de identificar as práticas contrárias aos interesses de economia popular e dar cumprimento ao estabelecido pelo referido diploma.

Com a queda de Getúlio Vargas houve a revogação do Decreto-Lei 7.666/45, que não superou nem três meses de vigência. As normas da Constituição de 1946 substituíam o Decreto-Lei, trazendo, pela primeira vez de forma expressa, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, em seu artigo 148⁴⁸. Para IZABEL VAZ, nesse ponto “tem início uma nova fase do chamado ‘sistema brasileiro antitruste’ onde a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da ‘economia popular’ através dos diplomas legais citados”⁴⁹.

na matéria visa, em princípio, a proteção e manutenção da concorrência e não a proteção direta do consumidor. (Cf. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 102).

⁴⁷ Nesse sentido, BENJAMIN SHIEBER aponta que “O Decreto-Lei nº 869 teve repercussão no campo de regulamentação de preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste. A nosso ver um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869.” (Cf. SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 57)

⁴⁸ **Decreto-Lei 7.666/45**, “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

⁴⁹ VAZ, Izabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 249-250.

O princípio da repressão ao abuso do poder econômico veio a ser regulamentado pela Lei 4.137/1962, a qual fixou a tipificação das formas de abuso de poder econômico em seu art. 2º e, em seu art. 8º, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Diversas foram as discussões acerca da interpretação da Lei 4.137/1962, principalmente no que se referia a caracterização da ilicitude de determinada prática econômica, constante em seu artigo 2º⁵⁰. Os debates travados questionavam o caráter taxativo (ou não) das condutas elencadas, enfrentando problemas de como proporcionar segurança jurídica e previsibilidade aos agentes econômicos.

A referida questão foi decidida pelo CADE no julgamento do chamado “Caso da Barrilha”, sedimentando o entendimento no sentido de que o abuso de poder se caracterizaria diante da prática de atos com o fim de dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Foi rejeitada, portanto, a tese da taxatividade do rol de condutas previsto pelo art. 2º.

A promulgação da Constituição de 1988, deu início a uma nova fase do entendimento da ordem econômica brasileira, bem como do papel do direito da

⁵⁰ Lei 4.137/1962, “Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico: I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de: a) ajuste ou acôrdo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades; b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas; e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa; f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros; g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa. II- Elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção. III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de: a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo; b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo; d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas; IV) Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço; b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem. V) Exercer concorrência desleal, por meio de: a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária; b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.”

concorrência nacional. A adoção do valor social da livre iniciativa tanto na parte inicial da Constituição, quanto no capítulo dedicado a Ordem Econômica demonstra grande avanço para a promoção da dignidade humana e existência digna⁵¹.

A partir desse diploma houve a adoção de uma nova política de governo extremamente liberal, tendo sido necessária uma alteração no panorama do direito de defesa da concorrência. Isso se deu com a promulgação da Lei 8.158/1991, que surgiu com o intuito de evitar possíveis disfunções ou crises oriundas do comportamento dos agentes econômicos no mercado que, agora, se autorregulava.

Dentre as inovações introduzidas pela Lei 8.158/1991, destacam-se a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça na tentativa de promover a celeridade ao procedimento de apuração de práticas lesivas à concorrência.

Em seguida, a sistematização da matéria antitruste e seu aperfeiçoamento legislativo foram consolidados com a promulgação da Lei 8.884/1994 que implementou o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ainda, houve a alteração da natureza jurídica do CADE para autarquia federal, dando-lhe maior autonomia e poder o cenário concorrencial.

Para PAULA A. FORGIONI, passados mais de quinze anos da promulgação da Lei 8.884/1994, pode-se dizer que houve grande progresso da matéria no Brasil, merecendo destaque aspectos como a consolidação do controle das concentrações empresariais e do controle dos cartéis, o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e também o aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste⁵².

Por fim, tem-se que o atual diploma antitruste é a Lei 12.529, promulgada em 2011. A nova lei de defesa da concorrência introduziu alterações no SBDC. Foi alterada não somente a estrutura do próprio SBDC, mas também

⁵¹ Sobre o tema, EROS ROBERTO GRAU pondera que a "livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a "iniciativa do Estado"; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa." (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 198-199)

⁵² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, pp. 125-126.

se verificam mudanças no que tange a análise de estruturas e condutas, uma de suas principais áreas de atuação.

Quanto à nova estrutura do SBDC, foram atribuídas ao CADE as funções de investigação dos casos de conduta, instrução dos atos de concentração e a decisão final. Foi extinta a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), sendo que passou a fazer parte do corpo técnico do CADE o Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Conforme o artigo 88, §3º da Lei 12.529/11⁵³, as empresas passaram a ser obrigadas a apresentar ao CADE os atos de concentração dos quais participam antes de sua concretização.

O panorama da evolução do direito antitruste brasileiro apresentado demonstra um constante progresso e aperfeiçoamento na legislação que regula a matéria no âmbito nacional. Ainda, verifica-se que a Lei 12.529/11 aumenta a atuação do CADE, conferindo-lhe maiores poderes para que sejam coibidos os abusos de poder dominante e outras práticas anticompetitivas.

2.1.2 O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O CADE foi constituído com a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico. Sua estrutura é composta por três órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, (ii) Superintendência Geral (SG) e (iii) Departamento de Estudos Econômicos, conforme artigo 5º da Lei 12.529/11.

O órgão possui um papel tanto preventivo quanto repressivo. O primeiro está evidenciado pela necessidade de notificação prévia de atos de concentração, que não são ilícitos concorrenciais, mas negócios jurídicos realizados entre empresas. Existe apenas o risco de que seja ocasionado prejuízo ou restrições à livre concorrência.

⁵³ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

No âmbito repressivo, o CADE atua no combate a condutas ilícitas também chamadas de anticoncorrenciais. As atividades do Conselho são em função de reprimir práticas que acarretem infrações à ordem econômica, tais como: prática de preço predatório, formação de cartéis e venda casada.

O órgão judicante do CADE é o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, composto por um Presidente e seis Conselheiros, sendo todos indicados pelo Presidente da República após terem sido aprovados e sabatinados pelo Senado⁵⁴. As principais competências do Tribunal são o julgamento de condutas de agentes econômicos a fim de determinar se essas constituem-se, ou não, infrações à ordem econômica, bem como a imposição de multas e demais penalidades previstas pela lei.

O Tribunal também possui competência para apreciar os atos de concentração econômica, aprovando-os, rejeitando-os ou aprovando com restrições.

O Superintendente-Geral é a figura principal da SG do CADE, que conta com o auxílio de dois Superintendentes-Adjuntos por ele indicados, nos termos do artigo 12, §7º da Lei 12.529/11⁵⁵. Dentre as competências da SG, podem ser destacadas a apuração e investigação de infrações à ordem econômica e a instrução das análises dos atos de concentração econômica. Esses podem ser aprovados ou impugnados perante o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

O Departamento de Estudos Econômicos é dirigido por um Economista-Chefe que emite pareceres e realiza estudos econômicos visando subsidiar a atuação do CADE. A nomeação do Economista-Chefe é feita conjuntamente pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal⁵⁶. Embora possa participar das reuniões do Tribunal, o Economista-Chefe não terá direito a voto.

⁵⁴ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 6º. O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.”

⁵⁵ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução. (...) §7º Os Superintendentes-Adjuntos serão indicados pelo Superintendente-Geral.”

⁵⁶ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 18. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.”

Por fim, merece destaque a Procuradoria Geral do CADE (ProCADE), que tem sua existência prevista no artigo 15 da Lei 12.529/11. A principal função desempenhada pela ProCADE é defender os interesses do órgão, o que inclui a promoção da execução das decisões proferidas pelo Tribunal e tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela SG, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza.

2.2 OBJETIVOS DO DIREITO CONCORRENCIAL

O sistema da lei brasileira de defesa da concorrência pode ser considerado híbrido⁵⁷. Isso se verifica no fato de que a Lei 12.529/11 preservou o duplo enfoque de atuação (condutas e estruturas) e tipificou as infrações à ordem econômica em seu artigo 36⁵⁸.

A promoção da concorrência está descrita em diversos dispositivos da legislação. Conforme o artigo 9º, XIV, da Lei 12.529/11, é de responsabilidade do plenário do CADE “(...) instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”. Nesse sentido, EDUARDO M. GABAN e JULIANA O. DOMINGUES entendem que o combate às condutas e controle de estruturas anticoncorrenciais está atrelada à divulgação e promoção da cultura da concorrência⁵⁹.

Nesta segunda parte do capítulo, apresentar-se-á brevemente dois objetivos principais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: a apuração e julgamento de condutas que possam provocar infrações à ordem econômica (2.2.1) e a análise de concentrações que visem eventual aprovação da autoridade antitruste (2.2.2).

⁵⁷ “(...) aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que toca à tipificação dos atos” (Cf. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 136)

⁵⁸ **Lei nº 12.529/2011**, “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

⁵⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

2.2.1 Combate às condutas anticoncorrenciais

Inicialmente, cabe esclarecer que a Lei 12.529/11 elenca em seu artigo 36 os atos que podem ser praticados e contratos que podem ser celebrados gerando prejuízos à concorrência, configurando práticas abusivas por parte dos players nos diversos mercados em que estão inseridos. O referido dispositivo é bastante amplo, razão pela qual o parágrafo 3º do artigo menciona uma série de condutas que, na hipótese de ensejar a incidência concomitante do *caput* e seus incisos, consubstanciarão infrações à ordem econômica.

Nesse sentido, na hipótese de um comportamento não restringir a livre concorrência, não haverá a incidência do artigo 36 da Lei 12.529/11. De acordo com estudo realizado por GABAN e DOMINGUES, a jurisprudência do CADE entende dessa forma, uma vez que aplica o seguinte teste para verificar a existência de infração à lei antitruste:

- “(i) Primeiro, é necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e poder ser imputada à representada.
- (ii) Segundo, para que a prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência.
- (iii) Finalmente, uma vez tendo sido constatada a ação por meio da qual haveria restrições à concorrência por uma determinada empresa e detendo esta poder de mercado, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não seja associada a ganhos de eficiência suficientes para contrabalancear os prejuízos de eventual redução da concorrência.”⁶⁰

As condutas anticoncorrenciais podem ser divididas em dois grandes grupos: (a) unilaterais, ou executadas individualmente pelos agentes econômicos; e (b) colusivas, ou executadas coletivamente pelos agentes econômicos. Ao passo que as primeiras se referem a casos de abuso de posição

⁶⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**, p. 169.

dominante, as segundas são conhecidas pela doutrina e jurisprudência em casos de cartéis.

Antes de discutir o abuso da posição dominante, cabe esclarecer a própria posição dominante que é definida pelo artigo 36, §2º da lei antitruste como sendo “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, (...).”

Ressalte-se que não é a posição em si que se pune, mas seu abuso⁶¹. PAULA A. FORGIONI explica que no caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, ou seja, os direitos que assistem ao agente econômico no Estado Liberal⁶².

Em que pese ser vedado o abuso da posição dominante, não há uma definição na lei antitruste do que seja essa prática, sendo apenas considerados os efeitos que são produzidos ou que podem afetar o mercado. A doutrina e a jurisprudência costumam dividir o abuso de posição dominante em dois grandes grupos: (i) condutas unilaterais horizontais, ou realizadas no mesmo nível em uma cadeia de produção e (ii) condutas unilaterais verticais, ou realizadas entre diferentes níveis de uma cadeia de produção.

Dentre as principais modalidades de condutas de abuso de posição dominante podem ser destacadas o aumento injustificado de preço, a discriminação de rivais, os preços predatórios, a recusa de venda ou de contratar, a fixação ou imposição de preço de revenda e o abuso de poder de petição (*sham litigation*).

No que se refere a condutas anticoncorrenciais colusivas, o clássico exemplo é o de cartéis, umas das mais graves lesões à livre concorrência⁶³. O

⁶¹ “Dessarte, todo abuso de poder econômico redundará, no mais das vezes, em *desvio de poder econômico*, pois o poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, como a nossa, regida por normas constitucionais que consagram a ‘liberdade de iniciativa, a ‘função social da propriedade’ a ‘harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção’ e a ‘expansão das oportunidades de emprego’” (Cf. REALE, Miguel. **Abuso do poder econômico e garantias individuais**. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo (org.) Poder Econômico: exercício e abuso. Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo: Editora RT, 1985.)

⁶² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 276.

⁶³ A OCDE manifestou-se nesse sentido, defendendo que o cartel representa a infração concorrencial mais nociva ao mercado: “Hard core cartels (when firms agree not to compete with

cartel é um acordo entre as empresas, que passam a atuar conjuntamente, com o objetivo de neutralizar a concorrência. Conforme a cartilha “Combate a cartéis em sindicatos e associações” produzida pelo CADE em 2016, os cartéis podem ser definidos como:

“um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção e divisão de clientes e de mercados de atuação. Os cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e os serviços mais caros ou indisponíveis.”⁶⁴

O consequente resultado de um mercado cartelizado é o aumento de preços, queda da qualidade dos produtos e elevação das margens de lucro das empresas. Segundo PAULA A. FORGIONI, esse acordo reproduz artificialmente um ambiente de monopólio⁶⁵.

Feita a análise das condutas anticoncorrenciais combatidas pelo CADE, o próximo tópico abordará o controle de estruturas feito pela autoridade antitruste, também essencial para a proteção concorrencial. Apenas por meio da efetivação concomitante de ambas as formas de repressão de atos anticompetitivos é que se atinge o nível ótimo da tutela concorrencial.

2.2.2 Controle de estruturas anticoncorrenciais

A partir da Lei 12.529/11 passou a vigorar um sistema de notificação prévia (*ex ante*) de atos de concentração, não mais sendo a análise do CADE realizada posteriormente à concreção da operação. Pode-se destacar que o controle de estruturas é forma preventiva da atuação do CADE, que tem por escopo proteger o mercado e os consumidores contra os abusos que possam

one another) are the most serious violations of competition law. They injure customers by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others.” (Cf. OCDE. **Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels**, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em 03 nov. 2018.)

⁶⁴ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha Combate a cartéis em sindicatos e associações**, 2016, p. 5.

⁶⁵ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 351.

advir da realização de uma operação de concentração, em virtude de aumentar excessivamente o poder de mercado de determinada empresa⁶⁶.

A lei concorrencial anterior, Lei 8.884/94, em seu artigo 54, dispunha que “os atos sob qualquer forma manifestados” que atentassem contra a livre concorrência ou dominassem os mercados relevantes, deveriam ser submetidos à apreciação pelo CADE. A utilização de termos genéricos e o fato de não delimitar objetivamente quais seriam os atos necessários de serem notificados, trazia grande insegurança as empresas, por não saberem se suas operações deveriam ou não ser submetida à análise do Conselho⁶⁷.

O artigo 90 da Lei 12.529/11 buscou definir uma série de atos que são considerados como operações de concentração nos seguintes termos:

“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas;
ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”

Além do recorte feito pelo legislador de quais são os atos de concentração, a lei antitruste também estabelece requisitos cumulativos para definir quais as operações que devem ser analisadas por meio da notificação prévia ao CADE.

Dessa forma, devem ser submetidas ao CADE operações nas quais pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, anterior à operação, um faturamento bruto anual a partir de R\$ 400.000.000,00

⁶⁶ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012, p. 197.

⁶⁷ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. **A lei 12.529/11: nova lei do CADE**. In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em: <http://revistajustica.jfdf.jus.br>. Acesso em 03 nov. 2018.

(quatrocentos milhões de reais), enquanto o outro grupo tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)⁶⁸.

A Portaria Interministerial nº 994, 30 de maio de 2012⁶⁹, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda alterou os critérios cumulativos de notificação, expandindo os valores para do inciso I e II, respectivamente, para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões).

Observa-se que por meio da imposição de limites de valores para as notificações, bem como o caráter prévio do controle, houve um enfoque maior nos casos em que as operações possam exercer perigo real para a livre concorrência. Além disso, essa sistemática tem o poder de aliviar os recursos da autoridade antitruste para investir e atuar de forma mais expressiva no combate às condutas anticompetitivas ou infrações à ordem econômica.

Após a compreensão de quais as hipóteses necessárias da notificação prévia ao CADE de atos de concentração, cabe esclarecer o seria, de fato, a concentração econômica. Para PAULA A. FORGIONI, a ideia central desse conceito expressa o aumento de riqueza na mão de poucos, estando relacionada também ao aumento do poder econômico de um ou mais agentes do mercado ⁷⁰.

Segundo FÁBIO NUSDEO, as concentrações econômicas implicam na redução do número de unidades no mercado ou, quando o número em si não é reduzido, a união de várias unidades para formar um único centro decisório⁷¹.

Depreende-se que o termo *concentração* no campo antitruste é empregado para identificar situações que demonstrem a aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições de mercado. As concentrações

⁶⁸ **Lei nº 12.592/2011**, “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

⁶⁹ BRASIL, Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial n. 993, de 30 de maio de 2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os valores constantes no art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 415.

⁷¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 273.

costumam ser classificadas pela doutrina e jurisprudência em horizontais, verticais e conglomeradas, de acordo com os mercados de atuação das empresas participantes.

As concentrações horizontais envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, enquanto que as verticais envolvem partícipes que estejam concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto. Já as concentrações conglomeradas referem-se a empresa que atuam em mercados relevantes separados, sendo subdivididas conforme o efeito em (i) de expansão de mercado, (ii) de expansão de produto e (iii) de diversificação⁷².

Ainda que as concentrações possam ser benéficas ao mercado viabilizando a entrada do agente comprador em um novo mercado e aumentando a competitividade, também pode ensejar instabilidades no sistema. A avaliação das operações de concentração é feita pela autoridade antitruste e envolve análise do impacto sobre o mercado para determinar em que medida este foi concentrado.

O CADE pode decidir de três formas as notificações que são submetidas: pela aprovação incondicional, pela imposição de restrições ou pela rejeição⁷³. Na hipótese de aprovação com restrições, poderão ser adotados os chamados “remédios”, que serão objeto de estudo na sequência.

Por fim, ressalte-se que a o SBDC está inserido em uma tendência mundial. Dessa forma, entende-se que, em que pese as concentrações possam trazer prejuízos concorrências relevantes, os argumentos como a entrada de novos agentes no mercado e o aumento das eficiências, são suficientes para que sejam suplantados os efeitos deletérios das aglutinações empresariais⁷⁴. Assim, torna-se importante o estudo da implementação dos remédios que possibilitam que as operações de concentração sejam aprovadas, ainda que haja a necessidade de adaptações.

⁷² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 419.

⁷³ **Lei 12.529/2011**, “Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.”

⁷⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 444.

2.3A IMPLEMENTAÇÃO DE REMÉDIOS PARA O CONTROLE DE ESTRUTURAS

Por vezes a proibição de um ato de concentração é demasiadamente drástica e se revela até mesmo ineficiente para a perseguição dos objetivos de preservação da concorrência e do bem-estar do consumidor⁷⁵. É possível que os impactos liquidamente negativos afetem apenas uma parcela do mercado relevante, o que não justifica uma rejeição integral do ato de concentração, que poderia, inclusive, comprometer eventuais eficiências⁷⁶.

Assim, muitas vezes as partes acabam por se comprometerem a agir ou a perseguir determinado objetivo necessário para a aprovação de determinado ato de concentração⁷⁷. Nesse sentido, a Lei 12.529/11 oportuniza que a Administração celebre com a parte acordo ou que imponha medidas para viabilizar a operação de concentração, por meio do estabelecimento de condições que eliminem os efeitos nocivos à ordem econômica⁷⁸.

A aplicação dessas medidas intermediárias entre a rejeição e a aprovação plena do ato de concentração são usualmente denominados remédios antitruste, que se tratam de modalidade de intervenção estatal com vistas a preservação da livre concorrência⁷⁹. De acordo com AMANDA FLÁVIO OLIVEIRA, tais instrumentos concorrenciais funcionam como medidas cuja

“principal função (é) sanar afrontas à livre concorrência, retificar comportamentos, condutas e atos, de forma a preservar a livre concorrência e o mercado, conter abusos de poder econômico, e tão somente isso. Utilizar-se dos remédios antitruste para um escopo mais abrangente do que essas funções importa em desvirtuar-lhe a

⁷⁵ “O exagero no controle das estruturas pode gerar consequências negativas, uma vez que é capaz de inviabilizar a formação de unidades eficientes para o mercado que poderiam ser benéficas ao consumidor.” (Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**, p. 86).

⁷⁶ MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 61.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 301.

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 442.

⁷⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 19.

existência e não encontra amparo na Constituição Econômica brasileira”⁸⁰

Ao mesmo tempo que os remédios antitruste são utilizados para evitar consequências anticoncorrenciais, não impedem o alcance de eficiências e ganhos esperados para um ato de concentração⁸¹. Conforme o “Guia de Remédios Antitruste” elaborado pelo CADE em outubro de 2018, foram estabelecidas as melhores práticas e procedimentos adotados no desenho, na aplicação e no monitoramento de remédios estabelecidos pela autoridade concorrencial brasileira⁸².

Na aplicação dos remédios, o SBDC poderá agir de duas formas: (i) por meio de atos unilaterais, formados exclusivamente pelos órgãos de defesa da concorrência e cabendo às partes interessadas acatá-los ou (ii) e por meio dos contratos administrativos, nos quais há um concurso de vontades entre o CADE e as partes para a formação do conteúdo material do ato⁸³.

De um lado, os atos unilaterais, via de regra, são estabelecidos por meio de debate e voto dos Conselheiros do Tribunal do CADE, que possuem como competência proferir decisões de caráter vinculantes nos procedimentos administrativos. Assim, a autoridade antitruste elabora as condições para a aprovação do ato de concentração e impõe sua decisão às partes. Ocorre, no entanto, que diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, tais decisões poderão ser discutidas perante o Poder Judiciário.

Já os acordos administrativos são formados a partir de uma conjugação de vontades e constituem uma solução consensual construída através do diálogo, uma vez que “(...) interessados e, por vezes, terceiros colaboram com a autoridade na formulação dos condicionamentos e, em seguida, a decisão é imposta tal como negociada ou é contratada entre o Estado e o particular.”⁸⁴

⁸⁰ OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**, p. 19.

⁸¹ ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahi. **Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil - Uma comparação com a experiência estrangeira**. In: Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, p. 162, jul./set. 2002.

⁸² CADE. **Guia de Remédio Antitruste**. Brasília, 2018.

⁸³ CASTRO, Bruno Braz de. **Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 38.

⁸⁴ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277.

Nos tópicos seguintes será apresentada a tradicional classificação dos remédios antitruste que são divididos entre comportamentais e estruturais. Essa distinção é adotada não apenas pela doutrina, mas também por importantes organizações internacionais como a International Competition Network (ICN) e a OCDE. As autoridades antitruste como a Comissão Europeia e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) também optam por utilizar tal classificação.

2.3.1 Remédios Estruturais

Os remédios estruturais são entendidos como “*one-time remedies*”, ou seja, soluções pontuais e únicas destinadas a manter ou restaurar a estrutura concorrencial do mercado⁸⁵. Geralmente, estão associados à venda de ativos, bens físicos ou outros direitos dos agentes que abordem diretamente o prejuízo concorrencial⁸⁶.

A medida mais usual dos remédios estruturais é o desinvestimento de ativos, opção que envolve a criação de uma nova fonte de concorrência por meio da venda de um negócio ou conjunto de ativos para um novo participante do mercado ou para uma fonte já existente de concorrência⁸⁷. Para que haja uma aplicação efetiva desse instrumento, é necessário que a autoridade antitruste estude um comprador adequado que adquira esses ativos, a fim de que seja mantida ou restaurado o mercado em questão.

O DOJ, que é autoridade antitruste norte-americana e uma das maiores do mundo, elaborou um guia no qual apresenta uma lista de remédios estruturais aplicados pela *Antitrust Division*. Dentre eles, são citados (i) a alienação de todos os ativos necessários para que o comprador seja um concorrente efetivo e de longo prazo; (ii) alienação de uma entidade comercial já existente; e (iii) desinvestimento ou licenciamento de direitos sobre ativos intangíveis críticos (tradução livre)⁸⁸.

⁸⁵ ICN Merger Working Group. International Competition Network. **Merger remedies guide**, 2016, p.8.

⁸⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**, p. 21.

⁸⁷ MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**, p. 66.

⁸⁸ Estados Unidos da América. **Department of Justice: policy guide to merger remedies**. 2011, p. 7. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>. Acesso em 03 de nov de 2018.

De acordo com o “Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal” elaborado pelo CADE em 2017, os remédios estruturais têm como objetivo reestabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes da operação em questão, “eliminando a necessidade de controles futuros”⁸⁹.

É comum que seja discutida uma suposta superioridade dos remédios estruturais sobre os remédios comportamentais. De acordo com estudo realizado pela OCDE, em 2011, constatou-se que em muitas jurisdições há uma clara preferência por remédios estruturais⁹⁰. A preferência está baseada no entendimento de que um remédio estrutural apresenta tendência de ser mais efetivo, uma vez que ataca diretamente a causa do problema concorrencial. Além disso, demanda um esforço menor de monitoramento com menos risco de distorção do mercado.

Não se pode deixar de mencionar que a literatura aponta limitações inerentes aos remédios estruturais. Dentre essas estão a assimetria de informações entre a autoridade e as requerentes, a elevação da probabilidade de efeitos pró-colusivos, os riscos de alienação de ativos a compradores inadequados, o risco de intervenção excessiva, bem como a limitação de eficiências importantes⁹¹.

Nesse sentido, PATRICIA SEMENSATO CABRAL explica que, muitas vezes, as medidas estruturais não são viáveis:

“Diante das características do caso, uma medida estrutural pode se revelar desproporcional e, portanto, indesejável. Há casos em que uma medida estrutural sequer é possível, de maneira que um remédio comportamental é a única alternativa intermediária viável entre uma aprovação integral (com a consequente aceitação de efeitos anticompetitivos) ou a rejeição total da operação (impedindo eventual concretização de eficiências).”⁹²

Desse modo, mesmo que as soluções estruturais apresentem vantagens do ponto de vista de alteração de incentivos dos agentes, não se pode assumir,

⁸⁹ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016, p. 57.

⁹⁰ OCDE, **Policy Roundtables – Remedies in Merger Cases**, 2011. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>. pp. 19-20. Acesso em 03 de nov. de 2018.

⁹¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**, p. 22.

⁹² CABRAL, Patricia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do CADE**. Monografia classificada em 1º lugar no IX Prêmio SEAE, 2014, p. 49.

em um primeiro momento, a sua superioridade absoluta em relação aos remédios comportamentais. A determinação dos remédios adequados depende da análise das características da operação e da natureza do problema concorrencial identificado⁹³.

Além das medidas estruturais expostas, a classificação tradicional dos remédios antitruste apresentada também identifica os remédios comportamentais.

2.3.2 Remédios Comportamentais

No que diz respeito aos remédios comportamentais, na implementação desses não há uma alteração de propriedade, não havendo mudanças em relação aos incentivos do proprietário. Na prática desses instrumentos, os agentes concorrenciais terão sempre que induzir o proprietário do ativo para que tome decisões econômicas que provavelmente não seriam as escolhidas na ausência de intervenção⁹⁴.

Os remédios comportamentais podem ser definidos como “(...) aqueles por meio dos quais se impõe uma obrigação de fazer ou não fazer para o agente econômico, indicando-lhe certo comportamento ou conduta”⁹⁵. A fim de evitar que a autoridade econômica se transforme em um agente regulador setorial, é comum que essa modalidade de intervenção seja aplicada apenas temporariamente⁹⁶.

Por meio dos remédios comportamentais, busca-se o controle dos resultados dos mercados através do comportamento das empresas envolvidas no ato de concentração analisado. Da mesma forma como enumera os remédios estruturais, o DOJ também elaborou uma lista dos remédios comportamentais mais comuns, são eles: (i) disposições de *firewall*; (ii) disposições de não-discriminação; (iii) disposições de licenciamento obrigatórias; (iv) disposições de

⁹³ CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. In: Revista de Defesa da Concorrência, vol. 4, nº1, maio/2016, p. 71.

⁹⁴ MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**, p. 68.

⁹⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**, p. 21.

⁹⁶ MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**, p. 87.

transparência; (v) disposições antirretaliação; e (vi) proibições sobre certas práticas de contratação⁹⁷.

Comumente utilizadas a fim de evitar a disseminação de informações dentro da companhia resultante de concentração, as disposições de *firewall* são aplicadas, principalmente, em operações de integração vertical. Isso pois, existe a preocupação quanto ao compartilhamento de informações que facilitem as práticas anticompetitivas.

A respeito das disposições de não-discriminação, esse remédio comportamental busca a efetivação do respeito aos conceitos de igualdade quanto ao acesso, esforços e termos. Já as disposições de licenciamento obrigatórias se referem a liquidação de determinadas tecnologias ou outros bens, relacionando-se também com a necessidade de se permitir que os concorrentes se ajustem a mudanças de propriedade de um insumo chave para preservar a concorrência.

A preocupação no que tange à disponibilização de informações requisitadas pela autoridade regulatória é materializada nas disposições de transparência. Por meio da inserção dessas cláusulas, evita-se que a empresa cometa alguma prática anticoncorrencial. As provisões de não-retaliação poderão assumir formas diversas, em que pese todas terem o objetivo de não permitir que a entidade originária da concentração restrinja a concorrência.

Por último, destacam-se os remédios comportamentais que visam a proibição de práticas restritivas em relação à entidade formada pela concentração.

Os remédios comportamentais também exigem que haja uma detida análise das características do caso concreto para a verificação do seu cabimento. Genericamente, considera-se que os remédios comportamentais são mais apropriados para as hipóteses de concentração vertical, pois, ao mesmo tempo que permitem a preservação das eficiências, também são capazes de prevenir o fechamento dos mercados⁹⁸.

⁹⁷ Estados Unidos da América. **Department of Justice: policy guide to merger remedies**. 2011, p. 13.

⁹⁸ MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**, pp. 84-92.

Cada vez mais, chama-se a atenção para o fato de que, na prática, os remédios comportamentais podem servir como complemento importante dos remédios estruturais⁹⁹. Essa combinação entre remédios decorre da especificidade dos problemas concorrenciais ocasionados pelo ato de concentração, sendo sua adoção necessária para que haja facilitação da entrada de um novo agente no mercado ou garantir o acesso a rede ou a conteúdo específico¹⁰⁰.

De modo geral, é possível depreender que nos últimos anos houve grande avanço na estruturação do SBDC, que se aprimorou com a nova dinâmica econômica do país. A Lei Antitruste mostra-se alinhada com a prática internacional, sendo instrumento imprescindível para a efetivação da política concorrencial. Ainda, deve-se ressaltar o papel fundamental do CADE tanto no controle de condutas, quanto de estruturas.

O aperfeiçoamento e o constante desenvolvimento da implementação dos remédios pela autoridade antitruste têm se mostrado um canal importante na promoção da concorrência. A presente monografia possui como enfoque o estudo da arbitragem como um remédio antitruste. Conforme apresentado no capítulo inicial, esse instituto tem sua importância consolidada no Brasil, sendo recente sua inserção no âmbito do direito da concorrência.

O terceiro e último capítulo deste trabalho, portanto, abordará as hipóteses na quais a arbitragem é utilizada pelas autoridades que promovem a defesa da concorrência. De grande valia será a análise da jurisprudência do CADE a respeito dessa prática, para assim compreender qual rumo tomará a arbitragem como remédio antitruste.

⁹⁹ MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**, p. 68.

¹⁰⁰ CASTRO, Bruno Braz. **Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama**, p. 54.

3. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO REMÉDIO ANTITRUSTE

Embora haja competência exclusiva do CADE para o exercício do controle de estrutura no âmbito da notificação prévia das operações, observa-se a existência de um espaço que permite a utilização da arbitragem para a efetivação de determinadas obrigações que estejam contidas nos Acordos em Controle de Concentração (ACC) ou Termos de Cessação de Condutas (TCC)¹⁰¹.

O documento “Remedies in Merger Cases” elaborado pelo OCDE, em 2011, apontou para uma crescente utilização de cláusulas de arbitragem pelas autoridades antitruste a fim de aliviar os custos de monitoramento da implementação de remédios¹⁰². O que ocorre nesses casos é que as partes submetem à arbitragem eventuais controvérsias relacionadas à implementação de restrições concorrenciais.

O uso da arbitragem mostra-se muito útil quando a solução elaborada é concebida para dar direitos a terceiros, como o acesso a uma instalação ou infraestrutura controlada pela entidade resultante da concentração. O Tribunal Arbitral possui poderes para dirimir determinadas demandas relacionadas ao direito privado, enquanto a autoridade antitruste mantém o poder de impor sanções tradicionais de direito público, como multas.

O presente capítulo tratará de apresentar as hipóteses nas quais a arbitragem poderá ser utilizada como forma de monitoramento de controle de estruturas, de acordo com a classificação do documento “Arbitration and Competition” elaborado pela OCDE, em 2010¹⁰³. Em seguida, serão analisados seis casos da jurisprudência do CADE que indicam a arbitragem como remédio de monitoramento.

¹⁰¹ “There is a very limited role for arbitration in the ex ante application of competition law, for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities (NCAs).” (Cf. OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87).

¹⁰² OCDE. **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**. Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2012, p. 13.

¹⁰³ OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010.

3.1 AS HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS ARBITRAIS COMO FORMA DE MONITORAMENTO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS

Em que pese recente no Brasil, a relação entre a matéria de controle de estruturas e arbitragem já é há alguns anos estudada pelas autoridades de concorrência do exterior e por organizações internacionais. Conforme foi dito, a OCDE, no âmbito da pesquisa “Arbitration and Competition”, realizou estudo para identificar casos de atos de concentração nos quais a Comissão Europeia utilizou a arbitragem como mecanismo de monitoramento.

A pesquisa deu origem a classificação que distingui o uso da arbitragem quem quatro funções diversas, quais sejam: (3.1.1) para a efetivação do compromisso de acesso, (3.1.2) para a efetivação do compromisso de acesso e meio de resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras, (3.1.3) arbitragem supervisionada por um trustee e (3.1.4) arbitragem em relações contratuais.

Cada uma dessas categorias será estudada na presente seção para que, em seguida, possamos compará-las com os casos analisados no âmbito da atuação do CADE.

3.1.1 Arbitragem Para a Efetivação do Compromisso de Acesso

Nessa hipótese, as cláusulas de arbitragem são frequentemente usadas para resolver disputas relativas aos termos e condições de acesso em compromissos de acesso a infraestruturas físicas ou direitos de propriedade intelectual. Uma característica que merece destaque nesse tipo de compromisso é o fato de não ser dirigido a uma parte específica, mas sim a terceiros que não são identificados.

Busca-se dirimir controvérsias entre dois entes privados, ainda que o litígio tenha se originado de uma situação de não observância de deveres os quais foram assumidos perante a autoridade antitruste.

Um exemplo que pode ser dado é o caso de uma fusão que é previamente submetida ao CADE. Realizada a análise pela autoridade antitruste, observa-se que há a formação de um monopólio e que para a aprovação da

operação, um novo player deve entrar no mercado. Ocorre que para tanto, haveria a necessidade de utilizar a infraestrutura da empresa a ser criada pela concentração por esse novo player.

O serviço prestado pela utilização dessa infraestrutura precisará ser remunerado pelo novo player, mas não há um acordo em relação ao preço a ser pago à empresa originária da concentração. Não é da competência do CADE resolver litígio de natureza privada entre as partes, a não ser que tais conflitos tangenciem assuntos concorrenciais como é o caso de criação de barreiras à entrada.

A disputa pelo preço, que é condição fundamental para a entrada do novo player, poderia ser resolvida pela arbitragem, evitando a criação de uma barreira de entrada. No exemplo apresentado, a função do árbitro seria de fixar um preço para que o entrante remunerasse a nova empresa.

A opção pela via arbitral, nesse contexto, mostra-se bastante benéfica à autoridade antitruste, uma vez que reduz o custo de monitoramento do cumprimento dos compromissos firmados com as empresas que notificaram o ato de concentração.

Na pesquisa “Arbitration and Competition” da OCDE, são citados alguns casos nos quais as autoridades antitruste internacionais empregaram a arbitragem para a efetivação de compromisso de acesso¹⁰⁴. Dentre os casos mencionados, merece destaque o ato de concentração envolvendo a Lufthansa e a antiga Austrian Airlines, analisado pela autoridade antitruste da comunidade europeia¹⁰⁵.

No caso mencionado, como remédio para a aprovação da operação a Lufthansa se comprometeu a transferir os chamados *slots*, que se referem ao direito de marcar um pouso ou decolagem em aeroportos, para novos entrantes. Dessa forma, a concorrência seria estimulada, não havendo monopólio por parte da empresa. Ficou acordado que as disputas oriundas da disponibilidade de *slots* ou quanto aos termos e condições poderiam ser dirimidas através de procedimento arbitral.

¹⁰⁴ OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010, p. 15.

¹⁰⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-geral da Concorrência. **Case no COMP/M.5440 – Lufthansa/ Austrian Airlines**. Bruxelas, 2009. disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5440_20090828_20600_en.pdf>. Acessado em: 03 nov. 2018.

Diante do que foi exposto, percebe-se que o uso da arbitragem como meio para a efetivação de compromisso de acesso não visa, de qualquer forma, impedir que a autoridade antitruste exerça suas competências. Do contrário, a arbitragem surge para resolver o conflito privado entre as partes, sem interferir na matéria concorrencial diretamente.

3.1.2 Arbitragem Para a Efetivação Compromisso de Acesso e Meio de Resolução de Disputas Envolvendo Autoridades Reguladoras

Há casos nos quais as partes podem eleger uma autoridade regulada para exercer o papel de árbitro para resolver disputas relativas aos termos e condições de acesso firmado entre as partes e a autoridade concorrencial. Esses casos dependem de leis de arbitragem que permitam que as autoridades reguladoras atuem como árbitros, e a sede da arbitragem terá que ser estabelecida quando isso for legalmente permitido.

A opção pela arbitragem como remédio antitruste se mostra adequada a fim de dirimir litígios relacionados ao acesso às infraestruturas físicas ou aos direitos de propriedade intelectual entre empresas que atuam ou que são reguladas pela mesma autoridade nacional, desde que a legislação preveja este mecanismo.

O estudo “Arbitration and Competition” da OCDE cita como exemplo o caso envolvendo as empresas Newscorp, Stream e Telepiù, que submeterem à autoridade antitruste da comunidade europeia um ato de concentração envolvendo o mercado de televisão por assinatura na Itália¹⁰⁶.

Foi considerado que a concentração criaria uma situação de quase monopólio no mercado em discussão. As empresas apresentaram diversos compromisso e propuseram como forma de monitoramento a possibilidade de que uma outra empresa do mercado utilizasse um procedimento de arbitragem destinado a garantir o respeito dos compromissos.

A arbitragem para a efetivação compromisso de acesso e meio de resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras apresenta-se como

¹⁰⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-geral da Concorrência. **Case nº COMP/M. 2876** - Newscorp/Stream/Telepiù. Bruxelas, 2003. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_pt.pdf. Acesso em: 03 nov. 2018.

importante remédio antitruste. Por meio desse, é possível monitorar as preocupações concorrenciais de acesso às infraestruturas físicas ou aos direitos de propriedade intelectual entre empresas.

A diferença que deve ser apontada da situação da seção anterior, é que a presente trata-se de caso no qual as empresas expressamente nominam uma autoridade regulatória nacional como árbitra, considerando as especificidades da legislação e do mercado em questão.

3.1.3 Arbitragem Supervisionada Por um *Trustee*

Nestes casos, o *trustee* emite um parecer, que pode então ser revisto pela Comissão ou por uma autoridade reguladora, acerca de uma determinada controvérsia relacionada ao cumprimento do compromisso assumido pelas partes envolvidas no ato de concentração. A arbitragem, portanto, é utilizada forma de monitoramento do que foi acordado.

Conforme demonstrado pelo documento “Arbitration and Competition” da OCDE, a arbitragem supervisionada por um *trustee* é meio adequado para os casos nos quais os compromissos envolvem detalhes sobre as instalações técnicas e quando elas poderiam ser usadas pelo novo entrante, ao invés de termos e condições gerais¹⁰⁷.

Essa modalidade de uso da arbitragem como ferramenta de monitoramento de compromisso foi utilizada em um caso envolvendo o acesso a vias e infraestruturas entre concorrentes na linha ferroviária entre Bruxelas, Londres e Paris. Trata-se do ato de concentração entre a Société Nationale des Chemins de fer Français e a London & Continental Railways Limited, que criou a Eurostar International Limited¹⁰⁸.

O referido caso foi apreciado pela Comissão Europeia em 2010, tendo sido estabelecido com as notificantes um compromisso segundo o qual elas se comprometeriam a reduzir os obstáculos a entrada em relação ao acesso aos

¹⁰⁷ OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010, p. 16.

¹⁰⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5655 - SNCF/LCR/EUROSTAR**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5655_1034_2.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

serviços das estações ferroviárias, ao acesso à Zona não-Schengen (Transmanche), ao acesso a serviços de manutenção e ao acesso a caminhos.

As empresas notificantes propuseram que um *trustee* fosse nomeado para monitorar o compromisso a fim de que esse fosse adequadamente cumprido. A Comissão Europeia deveria aprovar esse encarregado e, no caso de disputa, ele deverá realizar solicitação de acesso a um dos serviços que estejam abrangidos pelo compromisso. Também, o *trustee* emitirá parecer vinculativo acerca do alcance das obrigações das partes conforme os termos do compromisso.

Nos termos do compromisso, na hipótese de a empresa ferroviária solicitante do acesso a um dos serviços abrangidos pelo compromisso ou no caso de a própria empresa não concordar com o parecer do *trustee*, dentro de dez dias, terá o direito de interpor recurso direcionado à Comissão Europeia¹⁰⁹.

Em que pese a OCDE tenha identificado essa modalidade de monitoramento de compromisso como arbitragem, o procedimento descrito parece estar mais semelhante com o que se denomina arbitramento. Isso porque a decisão final não cabe ao *trustee* nomeado, mas a autoridade antitruste.

3.1.4 Arbitragem em Relações Contratuais

Nesses casos, as empresas notificantes do ato de concentração estabelecem, previamente, com a autoridade concorrencial, os termos de contrato a ser celebrado com um terceiro. Situação comum é um contrato que trate da alienação a fim de legitimar a aprovação da concentração sem que haja prejuízo à concorrência do mercado em questão.

¹⁰⁹ “96. In addition to these elements, the possibility for third parties requesting access to a service covered by the commitments to request a binding expert opinion from the monitoring trustee guarantees that any dispute arising in the course of the implementation of the commitments will be quickly resolved and does not delay

97. Should however the Trustee's opinion be contested, the railway undertaking requesting access to one of the services covered by the commitments will still have the opportunity to lodge an appeal. In this regard, while the Commission will act as an appeal authority as long as national railway regulators have not demonstrated their ability and willingness to do so, the commitments foresee that national regulators, in view of their extensive knowledge of the railway industry, will be very well placed to consistently enforce the rules set out by the commitments” (Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Direção-geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5655 - SNCF/LCR/ EUROSTAR**. Bruxelas, 2010, p. 19)

Nos contratos cujos termos são fixados com a autoridade antitruste, resta restabelecido que eventual conflito oriundo da relação contratual, será resolvido por meio de instauração de procedimento arbitral. Ressalte-se que não há qualquer sujeição da própria autoridade concorrencial à arbitragem, apenas entre as partes que celebram o contrato.

De acordo com a OCDE, esse modelo de utilização da arbitragem como forma de monitoramento mostra-se adequado nos casos em que os contratos a serem firmados com os terceiros já tiveram suas condições gerais estabelecidas previamente com autoridade concorrencial¹¹⁰.

Este tipo de arbitragem ocorreu em casos relativos à transferência de armazenamento de gás, acordos de fretamento espacial, acordos de transição e marcas, leite holandês e plataforma técnica de TV por assinatura.

3.2 A INSERÇÃO DE CLÁUSULAS ARBITRAIS: ANÁLISE CASUÍSTICA NO ÂMBITO DO CADE

Com o objetivo de analisar a experiência brasileira na implementação da arbitragem como remédio antitruste, foram analisados no Sistema Eletrônico de Informações do CADE todos os precedentes nos quais os atos de concentração foram aprovados com restrição, tendo sido aplicada cláusula arbitral como meio de monitoramento.

Para a realização do mapeamento dos casos, foram considerados os relatórios de gestão anual do CADE nos anos de 2012 a 2016. Para os anos de 2017 e 2018, utilizou-se a ferramenta do sistema do “CADE em Números”¹¹¹. A análise foi realizada no período compreendido entre 30/05/2012 (data de entrada em vigor da Lei 12.529/2011) e 29/10/2018 (data final da realização da pesquisa empírica).

Um total de 130¹¹² casos foram analisados, para que se chegasse ao número final de 06 casos nos quais a arbitragem foi utilizada como meio de resolução de conflitos relativos ao Acordo de Controle de Concentração. Para a

¹¹⁰ OCDE. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010, p. 16.

¹¹¹ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/cade-em-numeros-1>. Acesso em 03 nov. 2018.

¹¹² 2012: 39 casos; 2013: 47 casos; 2014: 20 casos; 2015: 7 casos; 2016: 5 casos; 2017: 5 casos; 2018: 7 casos (até outubro).

realização do estudo, foram considerados os votos dos Conselheiros membros do Tribunal Administrativo do CADE, bem como os pareceres da Procuradoria Geral do CADE (ProCADE).

3.2.1 Caso ICL/Bromisa

A operação econômica envolvia as empresas Bromisa Indústria e Comercial Ltda. (“Bromisa”) e ICL Brasil Ltda. (“ICL”) no mercado de ácido fosfórico de grau alimentício¹¹³. A relatoria da decisão foi realizada pela Conselheira ANA FRAZÃO e o Tribunal Administrativo do CADE, por unanimidade, aprovou a operação impondo restrições.

O caso foi julgado em dezembro de 2014 e marca a primeira experiência do CADE na utilização de arbitragem como meio de monitoramento de restrições impostas no âmbito do controle de concentrações. O parecer apresentado pela Superintendência Geral do CADE opinou pela impugnação do caso, considerando a possibilidade de haver prejuízos ao consumidor, por meio da eliminação da concorrência no mercado de sais de fosfato. Ademais, entendeu que a operação criaria elevação das barreiras à entrada no mercado em questão.

Em face da manifestação de impugnação da SG do CADE, bem como dos problemas concorrenciais descritos pela relatora do caso, as requerentes propuseram a celebração de um Acordo em Controle de Concentração. De acordo com o termo, as empresas estariam comprometidas a adotar uma solução comportamental com o fim de mitigar os potenciais efeitos nocivos à concorrência.

No caso, o remédio visava assegurar que não haveria o fechamento ao acesso do ácido fosfórico de grau alimentício nem a cobrança de preços discriminatórios dos concorrentes da ICL ou de eventuais entrantes. Assim, a ICL Brasil obrigou-se a oferecer contratos de fornecimento de longo prazo de ácido fosfórico a todos os produtores de sais de fosfato localizados no Brasil por um período de até oito anos.

¹¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014.

O fato de ter sido estabelecido no ACC que o preço cobrado pelo ácido fosfórico não poderia ser superior àquele praticado à época da celebração do acordo e deveria ser fixado “de acordo com as regras usuais de mercado e em atenção à boa-fé objetiva”¹¹⁴, levaria a uma discussão se o valor fixado pelas empresas estaria ou não respeitando as condições impostas. Sobre isso, a relatora do caso, Conselheira ANA FRAZÃO, entendeu que:

“o estabelecimento de parâmetros mais específicos obrigaria a autoridade antitruste a adentrar nos critérios de fixação de preços pelas requerentes, o que, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança, erro, diante da assimetria de informação, também imputaria ao CADE um elevado ônus de monitoramento.”¹¹⁵

Nesse sentido, para o fim de quitar o CADE do ônus de fixar critérios a respeito do preço das requerentes, restou acordada a adoção da arbitragem como forma de resolução de eventuais controvérsias referentes à negociação de preço. Abaixo excerto da cláusula arbitral fixada no ACC:

“3.6 No caso de uma alegada recusa pela Fosbrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que tenha submetido pedido de boa-fé à Fosbrasil, e caso esse produtor alegue que a recusa da Fosbrasil não teve justificativa objetiva, o CADE poderá, se apropriado, solicitar à ICL Brasil que dê início a processo de arbitragem para dirimir a questão, de acordo com práticas usuais de negócio.

3.6.1 A ICL Brasil deve ter a oportunidade de manifestar-se sobre qualquer alegada recusa sem justificativa objetiva, pela Fosbrasil, de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que seja submetida ao CADE, previamente à decisão do CADE de instaurar ou não um processo de arbitragem para determinar se houve uma justificativa objetiva, e o CADE deve considerar os argumentos apresentados pela ICL Brasil.

3.6.2 A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) - que será apontado pela ICL Brasil e referendado pelo CADE - será então submetida ao CADE para que esse tome uma decisão fundamentada. A opinião do(s) árbitro(s) será limitada a determinar se a Fosbrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil. (...)”¹¹⁶

¹¹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**, fls. 2245

¹¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**, fls. 2246-2247.

¹¹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**, fl. 2262.

Mister destacar que algumas prerrogativas do CADE em relação ao cumprimento do ACC foram mantidas. A escolha dos árbitros e a decisão final sobre o descumprimento do ACC, por exemplo, ficarão a cargo da autoridade antitruste. Ainda, há a previsão de que a ICL Brasil arcaria com os custos das arbitragens, impedindo que esses recaíssem sobre os concorrentes.

Até a data da realização da presente pesquisa, em outubro de 2018, a Unidade de Cumprimento de Decisões da ProCADE havia exarado três pareceres jurídicos a respeito do cumprimento do ACC. Uma vez que não há versão pública dos referidos pareceres, não é possível precisar se houve ou não a ativação da cláusula arbitral. Tampouco há informações dos eventuais efeitos econômicos da medida nos mercados relevantes afetados.

Não se pode deixar de mencionar que em seu voto, a Conselheira relatora admite que recorrer a arbitragem reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo CADE, uma vez que as discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro. Ocorre, no entanto, que o fato de o laudo arbitral ser referido como uma “opinião” tanto na cláusula inserida no ACC, quanto no voto da relatora, coloca em dúvida se o procedimento se trata, de fato, de arbitragem ou de mero arbitramento.

Embora tenha sido bastante questionada a cláusula arbitral inserida no ACC no caso ICL/Bromisa, trata-se, sem dúvidas, de um *leading case* em matéria de emprego de mecanismos privados de solução alternativa de conflitos em matéria de controle de estruturas pela autoridade concorrencial brasileira. A partir dessa decisão de 2014, o CADE passou a aplicar esse método em outros casos, aperfeiçoando a técnica, como será demonstrado nos casos que serão analisados na sequência.

3.2.2 Caso ALL/Rumo

Trata-se de operação econômica de incorporação de ações da América Latina Logística S.A. (“ALL”) pela Rumo Logística Operadora Multimodal S/A

(“Rumo”)¹¹⁷. A aprovação do ato de concentração, sob relatoria do Conselheiro GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO, foi condicionada a celebração de ACC, em fevereiro de 2015.

A recomendação do parecer proferido pela Superintendência Geral do CADE foi no sentido da aprovação com restrições do ato de concentração, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de efeitos nocivos à concorrência do mercado¹¹⁸.

Os mercados afetados pela operação tratam-se de ferrovias para o transporte de carga de açúcar e combustível, bem como a cadeia logística de exportação de grãos vegetais pelo Porto de Santos. O CADE demonstrou preocupação em assegurar que as medidas restritivas não afetassem e imobilizassem o mercado, que já é regulado.

Destarte, foram estabelecidos critérios de precificação objetivos pelo plenário, sendo as variáveis de cálculo definidas pela empresa resultante da operação. O relator do caso, o Conselheiro GILVANDRO ARAUJO, estabeleceu no ACC a criação de um cargo de “supervisor” eleito pelos conselheiros independentes do conselho de administração. A função do “supervisor” é de garantir o tratamento isonômico na precificação do serviço.

No ACC também foi prevista expressamente a possibilidade da instauração de procedimentos arbitrais para a resolução de controvérsias de natureza privada entre as empresas requerentes e os usuários. A cláusula arbitral restou redigida da seguinte forma no acordo firmado com o CADE:

“H. SOLUÇÃO ARBITRAL

2.30. Sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT, caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação.

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 25 fev. 2015.

¹¹⁸ Em síntese, os efeitos à concorrência, de acordo com o parecer da SG do CADE seriam “(...) (i) adoção de estratégias de discriminação, que poderiam consistir em práticas cotidianas de difícil monitoramento pelo poder público; (ii) criação de dificuldade ao estabelecimento de players independentes em mercados verticalmente relacionados; (iii) acesso a informações concorrencialmente sensíveis de concorrentes; e (iv) venda casada anticoncorrencial, devendo ser garantido o acesso isonômico aos usuários da ferrovia que desejem atuar de forma independente da Nova companhia nos mais diferentes elos da cadeia produtiva analisada.” (Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Parecer Técnico nº 420/2014).

2.31. O Supervisor deverá responder de forma fundamentada em até 15 (quinze) dias úteis sobre qualquer alegada prática discriminatória.

2.32. Caso o usuário entenda que a resposta apresentada pelo Supervisor é insatisfatória, o usuário poderá iniciar procedimento arbitral privado.

§ 1º A NOVA COMPANHIA acatará, se satisfeita a condição do caput, todos os pedidos de arbitragem formulados pelos Usuários de serviço de transporte ferroviário.

§ 2º A decisão do Tribunal Arbitral será de constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas.

§ 3º O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro. Os árbitros indicados pelas Partes deverão escolher em conjunto o terceiro árbitro, a quem caberá a Presidência do Tribunal Arbitral. Na hipótese de demanda com valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o Tribunal Arbitral poderá ser constituído por apenas 1 (um) árbitro a ser escolhido pelas partes.

§ 4º O processo arbitral não poderá ter duração maior do que 6 (seis) meses.

§ 5º Os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela NOVA COMPANHIA caso a decisão arbitral ateste discriminação.

§ 6º As decisões arbitrais serão fornecidas ao CADE no relatório de auditoria indicado no item "I" abaixo.

2.33. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.”¹¹⁹

Embora possa ser classificada como uma cláusula arbitral cheia, uma vez que apresenta mecanismo para a indicação de árbitro, não há a indicação a regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Isso expõe ao risco o procedimento arbitral que pode ocorrer de forma *ad hoc* ou em alguma instituição com regras que não atendam as especificidades do caso.

Em comparação com a cláusula do caso ICL/Bromisa, há maior especificidade na redação da cláusula ora analisada, uma vez que se deixou mais claro que o CADE não vincula às decisões arbitrais para “a formação das suas decisões”.

Até a data da realização da pesquisa, a ProCADE proferiu um total de nove pareceres jurídicos¹²⁰ a respeito do cumprimento das cláusulas do acordo celebrado. Quatro dos pareceres são de acesso restrito, portanto não é possível a análise quanto a aspectos específicos desses documentos. Já nos cinco documentos de acesso público, é possível depreender as conclusões da

¹¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65.**

¹²⁰ Docs. SEI nº 0072971, 0125544, 0140517, 0175315, 0178400, 0193403, 0275808, 0372660 e 0465519.

ProCADE quanto ao cumprimento formal do ACC, sem, contudo, qualquer menção ao compromisso arbitral firmado.

Em junho de 2015, no primeiro parecer proferido após a aprovação da operação, um terceiro interessado suscitou a ProCADE quanto a suposto descumprimento do ACC. No entanto, em resposta a Procuradoria esclareceu que a controvérsia discutida era objeto de procedimento arbitral insaturado antes da aprovação da operação em 2013¹²¹.

Desse modo, restou determinado, ainda mais, que o escopo da atuação do CADE se limita aos eventuais litígios relacionados ao ACC que possam inviabilizar o comportamento isonômico quanto aos níveis de atendimento das demandas dos clientes da empresa resultante da operação.

3.2.3 Caso Dow/Dupont

A operação trata-se da fusão entre as empresas Dow Chemical (“Dow”) e Dupont que atuam no mercado de plásticos, químicos de desempenho e outros produtos ligados ao setor agrícola¹²². Em 2017, a aprovação com restrições se deu mediante a celebração de ACC negociado com a SG do CADE e posteriormente homologado por unanimidade pelo Tribunal Administrativo. O relator do caso foi o Conselheiro PAULO BURNIER DA SILVEIRA.

Enquanto que nos casos já analisados a ferramenta de monitoramento se deu em relação a medidas comportamentais, no caso Dow/Dupont há a preocupação acerca de medidas estruturais. Dentre as medidas acordadas, merece destaque o desinvestimento de ativos relacionados ao negócio de sementes de milho da Dow no território brasileiro.

Em que pese a ferramenta de monitoramento acordada não ter sido expressamente a arbitragem, houve a opção pela criação de um *trustee* de monitoramento que tem como função arbitrar “qualquer conflito resultante do não

¹²¹ Conforme o parecer jurídico de id nº 0072971: “Ou seja, a autoridade antitruste a princípio não se ocupará de questões privadas entre concorrentes, atendo-se apenas aos termos do ACC quando da análise dos aspectos concorrencialmente sensíveis envolvidos na dinâmica do mercado pós celebração do acordo, sendo que apenas em caso de uma eventual circunstância que possa comprometer sua eficácia (de maneira concreta) e, como no caso, eventualmente atestada pelo juízo arbitral”. (Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Parecer Jurídico 237.)

¹²² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61. Relator: Paulo Burnier Da Silveira. Julgado em 17 maio 2017.

cumprimento das regras internas”¹²³ relativas ao negócio de sementes de milho desinvestido.

Conforme o ACC, esse o *trustee* de monitoramento seria “uma ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, que foram aprovadas pelo CADE e indicadas pela Dow e que possuam como dever supervisionar o cumprimento, pela Dow, das condições e obrigações”¹²⁴ previstas no termo. Não houve qualquer previsão de cláusula compromissória, ainda assim eventuais conflitos poderão ser dirimidos por meio da arbitragem, caso haja a celebração de compromisso arbitral através de notificação formal de uma parte à outra.

O CADE aprovou a indicação da pessoa responsável pelo monitoramento do cumprimento do ACC em junho de 2017. No mesmo mês, o *trustee* apresentou parecer sugerindo a aprovação dos nomes dos potenciais compradores para os mercados de defensivos agrícolas e copolímeros de ácido/ionômeros.

O parecer da ProCADE fundamentado na análise realizada pelo *trustee* de monitoramento, foi homologado pelo Tribunal do CADE, aprovando a indicação do potencial comprador. Uma segunda sugestão do trustee a respeito de potenciais compradores para os mercados de sementes de milho também foi apresentada. Essa foi aceita pela ProCADE e homologada pelo Tribunal em agosto de 2017.

Nota-se que a atuação terceiros como meio de monitoramento do cumprimento de medidas restritivas retira do CADE um grande ônus da análise de eventuais descumprimentos dos acordos firmados. De igual formal, o *trustee* também facilita a verificação do cumprimento de requisitos necessários para compra dos ativos a serem desinvestidos. O fato do trustee ser encarregado de arbitrar conflitos é outra vantagem de sua atuação. Assim como o emprego da arbitragem como mecanismos, o *trustee* significa um marco importante na utilização de meios de monitoramento do cumprimento de medidas restritivas.

¹²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61. SEI nº 0343896.

¹²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61. SEI nº 0343896.

3.2.4 Caso Tam/Iberia/British Airways

No início do ano de 2017, o Tribunal do CADE autorizou, com restrições, a celebração do Acordo de Negócio Conjunto entre Tam e Grupo Latam, de um lado, e Iberia e British Airways (membros do Grupo IAG), de outro, envolvendo transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas entre Europa e América do Sul¹²⁵. Conforme o ACC negociado, o monitoramento ficou a cargo de um *trustee*, nomeado e custeado pelas partes, atendendo a necessidade de prévia aprovação da autoridade antitruste.

O relator do caso foi o Conselheiro JOÃO PAULO DE RESENDE que entendeu no sentido de que o ato de concentração apresentava problemas do ponto de vista concorrencial capazes de afetar a rota direta São Paulo – Londres com relação ao transporte aéreo de passageiros. Assim, estabeleceu no ACC celebrado a formalização de acordo de *interline*, que permite aos os passageiros que reservem diferentes trechos em várias companhias aéreas e que a bagagem possa ser transferida entre as companhias aéreas.

Na hipótese de o potencial entrante entender que a classe tarifária oferecida pela compromissária não atende aos requisitos firmados, poderá requerer ao CADE que seja instaurado um procedimento arbitral para resolver o conflito. Conforme a Cláusula III do ACC celebrado, lê-se:

“(...)III.11.1. Caso o Operador de Serviços Aéreos Solicitante entenda que a classe tarifária oferecida pela Compromissária relevante não cumpre com estes Compromissos e as partes não consigam chegar a um acordo, o Operador de Serviços Aéreos Solicitante **poderá solicitar ao CADE que dê início a um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia.**

III.11.2. Antes que o CADE autorize a instauração do processo arbitral, a Compromissária relevante deve ter o direito de apresentar a situação e contexto da negociação ao CADE e as razões pelas quais as partes ainda não chegaram a um acordo. Com base nesta informação, o CADE poderá decidir de instaurar ou não um processo de arbitragem. (...)”¹²⁶ (*grifamos*)

¹²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10**. Relator: João Paulo de Resende. Julgado em 03 mar. 2017.

¹²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10**. SEI nº 0316974.

A cláusula que faz referência a possibilidade de instauração de procedimento arbitral limita que os casos de disputas sejam aqueles que envolvam a compatibilidade com os Compromissos da classe tarifária oferecida à qual se aplicará Acordo Especial *Pro Rata* (SPA), na medida que todos os outros meios de solução negocial entre as partes tenham sido exauridos.

Há de se notar que a resolução da controvérsia por meio da arbitragem está condicionada a prévia autorização do CADE para que possa ser realizada. Ainda, a hipótese de dirimir conflitos pela via arbitral está limitada a um remédio especificamente, e não é direcionada a todos.

Foi estabelecido o prazo máximo de três meses para a duração do procedimento arbitral, bem como que o *trustee* nomeado que exercerá a função de árbitro do procedimento. Como do caso Dow/Dupont, também há a previsão de que as decisões do CADE não se vinculam as deliberações tomadas na arbitragem.

Até a realização da presente pesquisa, a ProCADE emitiu apenas um parecer jurídico acerca do cumprimento das obrigações acordadas, porém o mesmo é de acesso restrito, não sendo possível verificar se houve ou não discussão acerca de instauração de procedimento arbitral.

3.2.5 Caso Cetip/Bovespa

A operação societária que envolveu a união da Cetip e da BM&F Bovespa (“Bovespa”) aprovada em 2017 também foi condicionada a celebração de um ACC contendo cláusula compromissória¹²⁷. O caso foi de relatoria da Conselheira CRISTIANE ALKMIN JUNQUEIRA SCHMIDT e o Tribunal do CADE, por unanimidade, aprovou a operação com restrições.

A nota técnica da Superintendência Geral do CADE, proferida antes da decisão do Tribunal, foi no sentido de recomendar a aprovação do ato de concentração com restrições, tendo em vista a possibilidade de eliminação de concorrentes potenciais e elevação das já expressivas barreiras à entrada com a consumação da operação.

¹²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Julgado em 22 mar. 2017.

Assim, considerando as preocupações relacionadas a preservação da concorrência no mercado que seria afetado com a fusão, as empresas assumiram compromissos por meio de um ACC junto ao CADE, de modo a garantir o acesso de terceiros à infraestrutura das requerentes em condições justas, transparentes e não-discriminatórias.

Ficou estabelecido um período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias entre as requerentes e qualquer interessado na contratação da prestação de serviços de central depositária. Na hipótese de as negociações fracassarem, o potencial entrante pode acionar mecanismo de arbitragem para solucionar controvérsias.

De acordo com o item 2.12 do ACC, um Tribunal Arbitral composto por três árbitros conduzirá a arbitragem que deve ser realizada na cidade de São Paulo. Além disso, o procedimento deve seguir o Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

Verifica-se que a cláusula compromissória inserida no ACC é cheia, uma vez que opta por procedimento institucional de acordo com as regras de determinada câmara arbitral. Há um avanço, portanto, com relação a cláusula patológica do caso ICL/Bromisa, e da cláusula de arbitragem *ad hoc* do caso ALL/Rumo.

Ainda, restou determinado que os efeitos da decisão arbitral não vinculam o CADE, mas apenas as partes. Destarte, foi respeitado o monopólio da autoridade antitruste que tem competência de aplicação coletiva do Direito Concorrencial.

A ProCADE elaborou um parecer jurídico contendo análise do cumprimento dos termos do ACC firmado pelas compromissárias até o momento de realização desta pesquisa. A manifestação deixou de apreciar, a pretensão da ATS Brasil S.A. ("ATS") e Américas Clearing System S.A. ("ACS"). Posteriormente, diante das negociações frustradas entre a ATS e a empresa originária da fusão, foi instaurado procedimento arbitral, no final do ano de 2017.

Em que pese a verificação na base de dados eletrônica pública que permite acesso aos processos que tramitam no CADE, não há qualquer informação quanto ao procedimento arbitral que foi instaurado.

3.2.6 Caso AT&T/Warner

O caso mais recente no qual houve a inclusão de cláusula compromissória em ACC é o que envolve a aquisição do controle unitário da Time Warner Inc. (“Warner”) pela AT&T Inc. (“AT&T”) ¹²⁸. Sob relatoria do Conselheiro GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO, por unanimidade, o Tribunal do CADE aprovou com restrições a operação econômica.

A análise do mercado afetado pela operação, demonstra que sua aprovação acarretaria, essencialmente, uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW (Turner, HBO e Warner) e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T.

Diante desse cenário, o parecer da Superintendência Geral do CADE recomendou a aprovação com restrições do ato de concentração, considerando a existência de incentivos e a capacidade que a Sky teria para discriminar outras programadoras que concorrem com a Time Warner. Além disso, também haveria o risco de direcionamento dos conteúdos da Time Warner para a Sky, acarretando prejuízo ao demais agentes desse segmento.

Com o objetivo de tornar viável a aprovação da operação econômica, as empresas celebraram ACC junto ao CADE. Dentre os deveres das requerentes, está o compromisso assumido pela AT&T de manutenção da Sky Brasil e das programadoras de canais Time Warner como pessoas jurídicas separadas e com estruturas de administração e governanças próprias.

Em seus termos, o ACC prevê a obrigação de serem observados parâmetros objetivos de não-discriminação mais abrangentes que os deveres legais usuais. A nomeação de um consultor independente foi prevista a fim de auxiliar o CADE no monitoramento do cumprimento das obrigações.

O recurso de arbitragem está previsto no ACC para dirimir conflitos relacionados a recusa das empresas requerentes em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados. Optou-se por não estabelecer no acordo parâmetros mais específicos de não-

¹²⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2017.

discriminação pelo CADE, uma vez que estes estariam sujeitos a um alto nível de insegurança e erro, diante da assimetria de informação.

A cláusula compromissória do ACC é cheia e opta por procedimento institucional que, assim como no caso Cetip/Bovespa, deve estar de acordo com as regras do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

3.3 A POSIÇÃO ASSUMIDA PELO CADE

Após a análise da casuística do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no que se refere aos casos nos quais há a utilização da arbitragem como remédio para o monitoramento do cumprimento de ACCs, cumpre tentar identificar a posição adotada pelo Conselho no que tange à matéria em estudo.

Primeiramente, foi possível observar que a adoção de procedimento arbitral e espécies de “terceirização” da atividade de monitoramento de cláusulas de ACC podem ser gradativamente encontradas na experiência do CADE. Nota-se que isso se dá não apenas por razões de ordem prática – uma vez que o CADE não possui a estrutura para analisar de maneira pormenorizada todos os elementos dos acordos firmados – mas também pelo próprio cumprimento do dever de proteção à livre concorrência.

Nos primeiros dois casos (ICL/Bromisa e ALL/Rumo), o CADE previu a arbitragem como mecanismos de resolução de controvérsias entre concorrentes que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste. Destarte, pelo que se consta nos acordos, os efeitos da LArb sobre eventual procedimento arbitral no que tange as questões de natureza privada permanecem, ainda que o CADE possa rever a decisão quando estiver atuando na proteção dos direitos coletivos do Direito Concorrencial.

Uma vez que se trata de prática recente do CADE, torna-se difícil a tarefa de analisar os resultados práticos de alguns casos. A replicação de modelos semelhantes, como nos casos Dow/Dupont e Tam/Iberia/BA indicam um movimento do CADE no sentido de permitir às partes que levem à arbitragem controvérsias surgidas no âmbito dos ACC.

Já nos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner, o ACC firmado entre o CADE e as empresas possui forma mais clara e a competência do Tribunal

Arbitral resta melhor definida. Enquanto que nos primeiros dois casos havia dúvidas, nos dois últimos há uma maior clareza ao afirmar que a cláusula compromissória contida nos acordos retira a competência do Poder Judiciário para reapreciar as questões firmadas no acordo com o CADE.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou estudar a utilização da arbitragem como remédio antitruste, mais especificamente no controle de estruturas. Nesse sentido, e a partir do que foi exposto, pode-se fazer alguns apontamentos, ainda que pretenciosos, acerca dos principais temas tratados.

De início, buscou-se apresentar um panorama geral da arbitragem com meio heterocompositivos de resolução de conflitos. Desde a promulgação da Lei 9.307/1996, o Brasil consolidou e fortaleceu o desenvolvimento da arbitragem como meio válido para dirimir controvérsias, conforme os parâmetros legais. As vantagens da utilização desse meio alternativo foram apresentadas e destacadas no trabalho.

A definição do conceito de arbitrabilidade tanto objetiva, quanto subjetiva mostrou-se fundamental para que pudessem ser verificados os limites estabelecidos pela legislação no que se refere aos conflitos que poderão ser dirimidos pela via arbitral. Nesse sentido, ficou constatada arbitrabilidade do direito da concorrência, considerando o contexto de *enforcement* privado do Direito Concorrencial, prática que é normalmente incentivada pelas autoridades de defesa de concorrência.

Deve-se destacar que o árbitro, em nenhuma circunstância, poderá assumir e desempenhar competências que sejam privativas do CADE ou, de alguma forma, interferir no exercício das competências da autarquia.

No que tange ao direito da concorrência e o seu aparato institucional, o estudo demonstrou que estes atuam para corrigir ou evitar um desequilíbrio de forças econômicas, buscando assegurar a livre concorrência. Nesse sentido, um dos principais âmbitos de atuação do SBDC, e mais especificamente do CADE, diz respeito ao controle de estruturas.

O objetivo do controle de estruturas exercido pela autoridade concorrencial é o de verificar se um ato de concentração tem o condão de limitar ou prejudicar a livre concorrência, bem como identificar efeitos anticompetitivos específicos da operação no mercado relevante para os contrapor às eficiências econômicas consideradas.

Uma vez que em determinados casos a proibição de um ato de concentração pode se mostrar demasiadamente drástica, sendo até mesmo

ineficiente para a perseguição dos objetivos de preservação da concorrência e do bem-estar do consumidor, poderão ser implementados os chamados remédios antitruste.

A aplicação dessas medidas intermediárias entre a rejeição e a aprovação plena do ato de concentração, buscam evitar consequências anticoncorrenciais. Foram destacados os remédios antitruste ditos estruturais – soluções pontuais e únicas destinadas a manter ou restaurar a estrutura concorrencial do mercado – e os comportamentais – induções para a tomada de determinadas decisões por parte do proprietário do ativo.

Dessa forma, após o transpasse pelas etapas de demonstração do panorama geral da arbitragem e do estudo da estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência, passou-se a análise da utilização da arbitragem como remédio antitruste.

Primeiramente, cabe esclarecer que o estudo descreveu as hipóteses nas quais a arbitragem pode ser utilizada como forma de monitoramento de controle de estruturas de acordo com a classificação do documento “Arbitration and Competition” elaborado pela OCDE. Foram quatro as hipóteses abordadas: quais sejam: para a efetivação do compromisso de acesso, para a efetivação do compromisso de acesso e meio de resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras, arbitragem supervisionada por um trustee e arbitragem em relações contratuais.

Buscou-se, quando possível, trazer exemplos de casos internacionais nos quais houve a utilização da arbitragem como remédio, a fim de ilustrar a explanação. Conclui-se que a arbitragem possui, nesses casos, duas funções distintas: consultiva e a decisória.

A função consultiva diz respeito as hipóteses em que as câmaras de arbitragem possuem a competência de opinar ou atestar o cumprimento ou descumprimento de determinado remédio antitruste. Já na função decisória, a câmara de arbitragem poderia subordinar a empresa resultante do ato de concentração às suas decisões relativas à implementação do remédio antitruste definido pelo CADE.

A parte final do trabalho consistiu na análise de seis casos do CADE nos quais a arbitragem foi empregada como remédio antitruste. Conforme é possível verificar, ainda que em alguns casos o termo “arbitragem” tenha sido utilizado

para fazer referência a forma de resolução de conflito acordada no ACC, observa-se que, em verdade, tratam-se de prática que mais se assemelha a um arbitramento de preço do que a uma resolução privada de conflito.

O aprimoramento da opção pela arbitragem, conforme denota-se pelo crescente refinamento e a precisão das cláusulas arbitrais inseridas nos ACC, demonstram que a autoridade antitruste tem buscando adequar essa prática aos problemas que surgem.

Assim, conclui-se, que os próximos passos da relação entre a arbitragem e o direito da concorrência dependerá de avanços nas políticas legislativas, do aprofundamento de pesquisas acadêmicas, e principalmente do desenvolvimento jurisprudencial, tendo em vista que discussões como essa ainda são tratadas como novidade no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahi. **Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil - Uma comparação com a experiência estrangeira**. In: Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, p. 162, jul./set. 2002.

ANDERS, Eduardo Caminati (org.) et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96**. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha Combate a cartéis em sindicatos e associações**, 2016.

BROZOLO, Luca G. Radicati. **Arbitragem e direito da concorrência**. In: Revista de arbitragem e mediação. v. 7, n. 27, pp. 162-194, out./dez. 2010.

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. In: Revista de Defesa da Concorrência, vol. 4, nº1, maio/2016.

_____. **Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do CADE**. Monografia classificada em 1º lugar no IX Prêmio SEAE, 2014.

CADE. **Guia de Remédio Antitruste**. Brasília, 2018.

_____. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/100**. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Bruno Braz de. **Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2011.

CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. **Direitos patrimoniais disponíveis: conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes**. In: Bertasi, Maria Odete Duque; _____ (coords.). **Arbitragem e desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Lei de Defesa da Concorrência: origem histórica e base constitucional**. In: Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. Salvador, n. 2

FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão da arbitrabilidade**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 13, p. 24-30, 1º jan. 2007. Trimestral.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

FOUCHARD, Philipp; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2a Ed.. Haia, Kluwer Law International, 1999.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HUNTER, Martin, et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 2009, 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ICN Merger Working Group. International Competition Network. **Merger remedies guide**, 2016.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

JUNIOR, Antonio Pereira Gaio Júnior. **Teoria da Arbitragem**. 1ª Edição. São Paulo: Ed. Rideel, 2012.

LANDOLT, Phillip apud MOURRE, Alexis. **Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspective**. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

LEE, João Bosco. **O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 8, 2000.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATTOS, César. **Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). Remédios Antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)**. In: Revista de Direito Público da Economia RDPE, ano 2, n. 6, jun. 2004.

NETO, José Cretella. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OCDE, **Policy Roundtables – Remedies in Merger Cases**, 2011. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>. pp. 19-20. Acesso em 03 de nov. de 2018.

_____. **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2018).

_____. **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**. Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2012, p. 13.

_____. **Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels**, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em 03 nov. 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). Remédios Antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **A evolução da arbitrabilidade objetiva no brasil: tendências e perspectivas**. In: Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 22, 2012.

ROUSSOS, Antonis. **Private Antitrust Enforcement in Arbitration Proceedings: Theory and Practice**. Working Papers, ACLE: setembro, 2012. Disponível em: <http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/cr-meetings/2005/working-papers-2005/roussos.pdf?1345929947963>. Acesso em 03 nov. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 5, p. 135-154, 1º abril 2005. Trimestral.

TOPIK, Steven. **A presença do Estado na e economia política do Brasil de 1889 a 1930**. Rio de Janeiro: Record, 1987

VAZ, Izabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.